



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil doce (2012)

Expediente: 11001-3331-707-2012-00073-00
Convocante: FERNANDO SALAVARRIETA GARCÍA
Convocado: NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

Procede el Despacho a pronunciarse frente al acuerdo conciliatorio prejudicial, logrado entre las partes en audiencia celebrada el 29 de marzo de 2012 ante el Procuraduría 119 Judicial II Para Asuntos Administrativos.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de conciliación prejudicial

Mediante escrito radicado el 20 de enero de 2012 ante la Procuraduría General de la Nación (fs. 6-7), el señor Fernando Salavarieta García, por intermedio de apoderado, solicitó la convocatoria de la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, para conciliar frente a las siguientes pretensiones.

- 1) Reliquidar las cesantías correspondientes a todos y cada uno de los años en que laboró en la planta externa del Ministerio hasta el año 2003, inclusive, sin consideración a prescripción alguna, tomando como base el salario realmente devengado en planta externa, esto es, el percibido en divisas extranjeras convertidos a pesos colombianos a la tasa representativa del mercado.
- 2) Reconocer un interés moratorio del 2% sobre la diferencia generada entre las cesantías pagadas y las que deben cancelarse por efecto de la reliquidación anterior, previsto en el artículo 14 del Decreto 162 de 1969, desde cuando debieron pagarse hasta cuando se haga el respectivo pago.

Como sustento fáctico y jurídico de las anteriores pretensiones, el convocante manifestó

Laboró al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 3 de febrero de 1982 hasta el 30 de septiembre de 2008, de los cuales trabajó en planta externa, desde el año 1992 a 2003.

Sus cesantías de los años que laboró en planta externa del Ministerio no fueron liquidadas de conformidad con el ingreso real, sino de acuerdo con un salario "equivalente en planta interna" (fl. 20).

La primera reclamación de reliquidación de sus cesantías con base en lo realmente devengado en planta externa, la presentó el 6 de septiembre de 2011, por ende y dado que se retiró del servicio dentro de los tres años anteriores, esto es, el 30 de septiembre de 2008, no se configura prescripción alguna de sus derechos.

Su anterior petición fue negada mediante oficio DTH 61599 de 30 de septiembre de 2011.

Mediante escrito radicado el 2 de noviembre de 2011, insistió en su petición de reliquidación, y además solicitó que se le entregaran todas y cada una de las liquidaciones de cesantías hasta el año 2003, inclusive, y que se probara que se indicaron los recursos que procedían.

La anterior petición fue atendida en forma negativa mediante Oficio DTH 75630 de 7 de diciembre de 2011, el cual fue notificado el 29 de diciembre de 2011.

Afirmó que la acción que procedería para reclamar el derecho que pretende se encuentra en oportunidad, y agotó la vía gubernativa porque no es obligatorio el recurso de reposición.

Sostuvo que en atención a los postulados constitucionales que propugnan la igualdad y prevalencia de la realidad sobre las formalidades, el Ministerio de Relaciones Exteriores estaba obligado a inaplicar el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 que permitía utilizar el salario de planta interna para liquidar las prestaciones del personal de planta externa, pues ello implicaba que para esos

servidores públicos, a diferencia de los demás trabajadores, se le liquidaran las prestaciones con base en un salario "ficticio e imaginario" (fl. 26). En sentencia C-535 de 2005, la Corte Constitucional destacó que las disposiciones que generan desigualdad deben ser inaplicadas por reñir con la Constitución.

Aseguró que el Consejo de Estado ha señalado que en tales casos procede el pago del 2% de interés moratorio, mas no hay lugar a indexación, y no opera la prescripción cuando: i) las liquidaciones de cesantías no se hayan notificado en la forma ordenada por la ley, pues así ningún término puede empezar a correr; ii) la relación laboral se encuentre vigente; y, iii) se haya demandado dentro de los tres años siguientes al retiro del servicio.

2. Del acuerdo conciliatorio

En audiencia celebrada el 29 de marzo de 2012 ante la Procuraduría 119 Judicial II para Asuntos Administrativos, las partes llegaron al siguiente acuerdo conciliatorio:

...El Despacho le concede el uso de la palabra al apoderado del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, para que exprese la decisión tomada por el comité de conciliación o del representante legal de la Entidad, respecto de las anteriores pretensiones, quien manifestó: El Comité de Conciliación de este Ministerio en sesión adelantada el día 13 de marzo de 2012 decidió presentar propuesta conciliatoria frente a las pretensiones de la parte convocante, teniendo en consideración que no aplicaba el fenómeno de la prescripción trienal a raíz de que el señor Fernando Salavarieta se desvinculó de la Entidad el día 30 de septiembre de 2008, se entiende que la acción prescribiría en teoría para el 30 de septiembre de 2011, empero el convocante dentro del término procesal es decir, el día 6 de septiembre de 2011 radico (sic) en el Ministerio reclamación administrativa solicitando la reliquidación de sus cesantías, razón que impide la aplicación del fenómeno de la prescripción trienal. Respecto del término de caducidad referente al acto administrativo que se pretende demandar Oficio DTH 75630 del 7 de diciembre de 2011, comunicado el día 29 del mismo mes y año, y la fecha de solicitud de conciliación extrajudicial fue el 20 de Enero de 2012, con Entrada No.18934, por ende la acción todavía podía ser incoada. Con fundamento en lo anteriormente expuesto, y teniendo además en consideración que la prolongación del proceso podría agravar el monto de la condena al Estado, lo cual podría causar un detrimento patrimonial mayor a los intereses de la Entidad, lo que es factible evitar, accediendo a conciliar con la parte convocante. El Comité de Conciliación decidió presentar propuesta conciliatoria con fundamento exclusivo en el estudio de reliquidación de cesantías expedido por la Dirección de Talento Humano de este Ministerio en Oficio DTH No.8657 del 8 de febrero de 2012 el cual se anexa en 2 folios y que resume lo

siguiente: 1. Pagar las diferencias de las cesantías originados en planta externa, sin prescripción alguna por un valor de TREINTA Y NUEVE MILLONES CIENTO DIECISIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$39.117.775.00). 2. Pagar un interés moratorio del 2% nominal mensual sobre las diferencias a transferir al Fondo Nacional del Ahorro por un valor de CIENTO NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS ONCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS MONEDA CORRIENTE (\$109.811.831.00), suma la cual será actualizada para el momento del pago. 3. En este orden de idcas el valor total a pagar por parte de este Ministerio asciende a la suma de CIENTO CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS SEIS PESO MONEDA CORRIENTE (\$148.929.606.00), pagaderos dentro de los cuadro (4) meses siguientes a la fecha en la cual el apoderado de la parte convocante, radique en la Dirección Administrativa y Financiera de este Ministerio, la primera copia auténtica del auto aprobatorio de la presente conciliación con constancia de ejecutoria. 4. No reconocer indexación. Lo anteriormente expuesto se resume en el Oficio GALJI No 15137 del 23 de Marzo de 2012 suscrito por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación, con oficio el cual se anexa en tres (3) folios. 4) **ACEPTACION.** Acto seguido se le concede el uso de la palabra al apoderado del CONVOCANTE: Me permito expresar, en ejercicio de la personería que me está reconocida como apoderado de la parte convocante, que aprecio como muy acertada y razonable la propuesta de conciliación formulada por el Comité de Conciliación del Ministerio de Relaciones Exteriores, acabada de presentar ante este Despacho por el ilustre colega Dr. Hugo Armando Graña Arco, y en razón de lo cual me ratifico en las pretensiones que formulamos en el escrito mediante el cual pedí que se hiciera la convocatoria a esta audiencia de conciliación, con base en sus fundamentos de hecho y de derecho. Me agojo totalmente a la propuesta que ha sido cursada por el Comité." (Subrayado del Despacho)

II. CONSIDERACIONES

1. De la conciliación prejudicial en asuntos contencioso administrativos

El artículo 59 de la Ley 23 de 1991 "Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones", incorporado al Decreto 1818 de 1998 "Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos", y modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998¹, establece que las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, podrán conciliar judicial o prejudicialmente y en forma

¹ "Por la cual se adaptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2631 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se hacen otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia."

total o parcial los asuntos de carácter particular y de contenido económico que pueda llegar a conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y contractual.

La Ley 23 también en su artículo 62, incorporado al Decreto 1818 y modificado por el artículo 71 de la Ley 446 de 1998, prevé: *"Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado "*

Es decir que en virtud de esta disposición pueden conciliarse los efectos económicos de un acto administrativo de carácter particular y concreto cuando concurren alguna de las causales del artículo 69 del C.C.A., esto es. 1) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley; 2) Cuando no esté conforme con el interés público o social, o atente contra él; y, 3) Cuando con él se cause agravio injustificado a una persona

De conformidad con el artículo 80 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 23 de la Ley 640 de 2001 *"Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones."*, las conciliaciones extrajudiciales en materia contencioso administrativa sólo podrán adelantarse ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta Jurisdicción, al Juez o Corporación competente para conocer del litigio que corresponda.

Entonces, únicamente pueden celebrarse conciliaciones extrajudiciales en asuntos contencioso administrativos ante los Agentes del Ministerio Público, ya que si bien dicho artículo 23 contemplaba que también podían realizarse ante centros de conciliación autorizados, esa disposición fue declarada inexecutable en sentencia C-893 de 2001

El artículo 75 de la Ley 446 de 1998, que adicionó el artículo 65B a la Ley 23 de 1991, establece que las entidades y organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital y los municipios capital de departamento, así como los entes descentralizados de estos mismos niveles, deben integrar un comité de conciliación. Esta norma fue reglamentada por el Decreto 1716 de 2009, que a

su vez derogó el Decreto 1214 de 2000, y en sus artículos 16 y 19 numeral 6º le asignó a dicho comité las funciones de decidir, en cada caso específico, sobre la procedencia o improcedencia de la conciliación u otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción a la normatividad sustantiva, procedimental y de control y evitando lesionar el patrimonio público, así como señalar la posición institucional que determine los parámetros dentro de los cuales el representante legal o apoderado actuará en las audiencias de conciliación.

Por virtud del artículo 24 de la Ley 540 de 2000, el acuerdo logrado por las partes en la conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo está sometido a la aprobación o improbación que debe decidir el Juez previa verificación de su conformidad con la Ley. También prevé la norma que el auto aprobatorio no será consultable.

A su vez, el artículo 73 de la Ley 446 de 1998 prevé que el acuerdo deberá improbarse cuando sea contrario a la ley o lesivo para el patrimonio público, y cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias.

El artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998 en materia de la conciliación administrativa prejudicial prevé que "No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado", exigencia a todas luces razonable, dado que la caducidad es requisito de procedibilidad de las acciones contencioso administrativas, y en caso de presentarse, el acuerdo conciliatorio resultaría contrario a la ley, puesto que la parte actora dejó precluir la oportunidad que le ofrece el ordenamiento jurídico para ejercer su derecho de acción ante esta Jurisdicción, la cual no es posible revivir por medio de un mecanismo alternativo de solución de conflictos, como es la conciliación.

También este artículo establece: "*La conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada*". Es decir que para acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos prejudicial, debe acreditarse el agotamiento la vía gubernativa, exigencia que tiene que cumplirse en los casos en que sea requisito de procedibilidad de la acción contencioso administrativa correspondiente que pudiera promoverse en atención al conflicto jurídico objeto de conciliación.

Adicionalmente, el parágrafo 2º del artículo 2º del Decreto 1716 de 2009, exige que la conciliación no menoscabe los derechos ciertos e indiscutibles y los derechos mínimos e intransigibles, requisito que adquiere mayor importancia tratándose de asuntos de carácter laboral, en la medida en que la misma Constitución Política en el artículo 53 establece como principios mínimos fundamentales de los trabajadores la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la facultad de transigir y conciliar sólo sobre derechos inciertos y discutibles.

A su vez, el artículo 66 de la Ley 446 de 1998, señala que el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo, lo que implica que debe cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto debe contener una obligación clara, expresa y exigible proveniente del deudor.

2. Del caso concreto

2.1 Control de legalidad

El acuerdo conciliatorio celebrado entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y el señor Fernando Salavarieta García cumple con los requisitos de ley, por las razones que se pasan a exponer:

Las partes tienen capacidad por ministerio de la ley para disponer sus derechos y contraer obligaciones, y estuvieron representadas en la audiencia conciliatoria por sus apoderados, quienes contaban con facultad expresa para conciliar, tal como se verifica en los poderes y sustitución de poder aportados a folios 1, 28 y 33 del expediente.

Sumado a lo anterior, las partes expresaron su voluntad de conciliar libre de vicios del consentimiento, el objeto conciliatorio es lícito, y se trata de un conflicto de carácter patrimonial y particular, en cuando se circunscribió a los efectos económicos de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y liquidación de las cesantías del señor Salavarieta García conforme al salario realmente devengado como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, y el consecuente pago de las diferencias generadas.

Igualmente, el Comité de Conciliación del Ministerio de Relaciones Exteriores y de su Fondo Rotatorio, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 16 y 19 numeral 5º del Decreto 1716 de 2009, en sesión de 13 de marzo de 2012, decidió y autorizó conciliar las pretensiones reclamadas dentro del trámite conciliatorio prejudicial convocado por el señor Fernando Salavarieta Garcia, por ajustarse a los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado.

Por ende, dispuso el Comité autorizar conciliar de acuerdo con los siguientes parámetros: i) pagar las diferencias de cesantías originadas en planta externa, sin prescripción alguna; ii) pagar un interés moratorio del 2% nominal mensual sobre las diferencias a transferir al Fondo Nacional del Ahorro desde cuando cada pago se hizo exigible y hasta la ejecutoria de "la sentencia", iii) no reconocer indexación. Para ello, exigió tener en cuenta el estudio de reliquidación efectuado por la Dirección de Talento Humano y la Coordinación de Nóminas y Prestaciones del Ministerio, el cual arrojó una suma total de \$148.929.606 (fls. 52-54)

Dentro de los anteriores parámetros se celebró el acuerdo conciliatorio, y en el monto determinado en el estudio realizado por la Dirección de Talento Humano y la Coordinación de Nóminas y Prestaciones de Ministerio No. 8657 de 8 de febrero de 2012 (fls. 46-51)

Ahora, en lo referente al agotamiento de la vía gubernativa, tratándose de la reclamación sobre la reliquidación de cesantías, ha señalado la Sección Segunda del Consejo de Estado:

"Al respecto, esta Sección Segunda en sentencias proferidas por las Subsecciones A y B, del 4 de marzo de 2010² y 8 de abril de 2010³, ha rectificado este criterio y, en esta última providencia, textualmente señaló lo siguiente.

"Se examinará, en primer término, la necesidad de agotar la vía gubernativa, en lo que concierne a cada uno de los actos mediante los cuales se liquidaron anualmente las cesantías que fueron reconocidas al demandante.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, radicación No. 1469-2007, Actor: Atria Luz Mesa Herrera.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Doctor Victor Hernando Ayanado Ardila, Expediente No. 25000232500020090838701 (0115-08), Actor: Manuel Antonio Saray Gutiérrez.

Como muestra la demanda, el demandante dice tener derecho a que la "Prima Especial" sea tomada como factor para incrementar el cómputo de las cesantías a que tiene derecho porque, según su apreciación, la invalidación de los Decretos que la excluían como factor salarial, ahora le otorga ese carácter de que antes carecía y, por tanto, debe tener incidencia en el cálculo no sólo de las cesantías, sino de las demás prestaciones sociales.

Para la Sala, es menester recordar que año tras año se liquida el valor de las cesantías y se deposita en el fondo elegido por el servidor público; por lo mismo, que en principio deberían ser demandados oportunamente cada uno de los actos administrativos por los cuales se hizo tal liquidación anual, pues son esas manifestaciones de la administración las que hipotéticamente causarían el agravio a los derechos de la demandante.

No obstante, a partir de la sentencia de esta Sección de 4 de marzo de 2010, se cambió el criterio tradicional para tomar en cuenta que no es posible exigir al empleado que impugnara cada año las liquidaciones periódicas de cesantías que se le hicieron. En verdad, no puede esperarse que el interesado se anticipara a lo que tiempo después determinó la jurisdicción, cuando anuló las normas que excluyeron la Prima Especial como factor salarial. En suma, no estaba obligado el empleado a impugnar los actos, si es que para cuando ellos se expedieron se ajustaban a la normatividad entonces vigente, pues no podía contar la administración, tampoco los interesados, con que luego de expedidos esos actos, una de las normas aplicadas como soporte de su expedición sería retirada del ordenamiento.

Así las cosas, el ciudadano hizo lo que estaba a su alcance, pues una vez decretada judicialmente la nulidad de los actos que restringían el carácter salarial de la Prima Especial, encaminó su petición ante la autoridad competente para que la declaración de nulidad pudiera tener los efectos propios de ella en punto de permitirle reclamar el nuevo cálculo de sus cesantías y de las demás prestaciones.

No era menester ni posible exigir al demandante el agotamiento de la vía gubernativa para cada uno de los actos mediante los cuales se liquidaron anualmente las cesantías, pues no podía anticiparse el interesado a la nulidad de las reglas que por entonces limitaban su derecho, pues mientras ellas no fueran excluidas del ordenamiento conservaban la presunción de legalidad. Si tiempo después, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa anuló la norma que excluía la Prima Especial de servicios como componente del salario, a partir de ahí se generó la expectativa legítima del ciudadano a exigir que se hiciera la liquidación "

En el presente asunto se tiene que la entidad demandada, Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores, afilió al demandante al Fondo Nacional de Ahorro y allí giró las cesantías correspondientes a los años de 1984 a 2005 (folios 185 a 188).

Dentro del proceso no aparece probada la respectiva notificación de cada acto administrativo que liquida la cesantía, simplemente, según se deduce, se lo acredita cada año al demandante en su cuenta individual, el valor que le corresponde por dicho concepto (folios 170 y 171)

Es decir que, en principio, la parte demandante no estaba en la obligación de impugnar el acto de liquidación y giro de las cesantías, pues, no lo notificaron cada decisión anual, es más, no aparece probado que cada año se lo notificara el contenido del oficio que le giraba o transfería los dineros con destino al Fondo Nacional de Ahorro; en otros términos, la parte demandante, sustancialmente, no tuvo oportunidad para discutir el monto de sus cesantías.

Pero además, partiendo de la base de que el problema jurídico que se presenta aquí corresponde a la forma de liquidación de las cesantías en donde la entidad lo hizo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 57 del Decreto 10 de 1992,⁴ que ordena "las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, a excepción de los administrativos locales, se liquidarán y se pagarán con base en las asignaciones equivalentes en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores" norma que, como ya se indicó, fue declarada inexecutable mediante sentencia C-535 de 2005

Conforme a lo antes indicado se precisa que existía un obstáculo de orden legal que no permitía liquidar las prestaciones de los empleados del servicio exterior, con base en lo que devengaban sino sólo de acuerdo con los valores equivalentes a los de la planta interna, de manera que se puede decir, como ya lo ha precisado esta Sala, que el derecho a devengar la cesantía liquidada con base en lo devengado en el servicio exterior, sólo surgió con certeza, a partir de la expedición de la sentencia referida, pues antes, es evidente que la entidad pública se abstenía de liquidarla.

A partir de la remoción del obstáculo normativo cuya sentencia fue proferida el 24 de mayo de 2005, el demandante estaba legitimado para pedir el reconocimiento de su derecho, por ende, no es procedente declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, conforme lo pidió la entidad recurrente en el recurso de alzada

Es decir, con base en los nuevos criterios jurisprudenciales antes señalados la posición que asumió esta Corporación en sentencia proferida por la Sección Segunda - Subsección A, del 4 de marzo de 2010, Expediente No 25000-23-25-000-2005-08719-01 (1605-2008), Actor: MÓNICA SOFÍA DIMATE CASTELLANOS contra la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en donde se indicó que es inepta la demanda cuando se acusa el acto administrativo que da respuesta a un segundo derecho de petición, cuando no se demandó el acto primigenio de la Administración, que le permitió a la actora entorpecer de la liquidación de sus cesantías, permiten inferir que en el presente caso la solución de distinta " (Subrayado del Despacho)

⁴ El Decreto 1181 de 1998 y Decreto 274 de 2000, precisaban que la liquidación de las prestaciones sociales se haría en términos similares.

Expediente: 11001-3331-707-2012-00073-00
Convocado: FERNANDO SALAVARRIETA GARCÍA
Convocado: NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
CONCILIACION JUDICIAL

Siguiendo el anterior criterio jurisprudencial de la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, colige el Despacho que en el caso del convocante Fernando Salavarrieta de Garcia, para efectos de agotar la vía gubernativa no estaba obligado a impugnar los actos administrativos por los cuales se reconoció y liquidaron sus cesantías, habida consideración de que según informe la misma entidad accionada en oficio y certificación que obra a folios 9 a 12 y 51 del expediente, en la hoja de vida del señor Salavarrieta sólo obra copia de los extractos de cesantías, y no existe constancia de que aquéllos le hubieran sido notificados, por lo que no tuvo oportunidad de controvertirlos; adicionalmente, sólo a partir de la sentencia C-535 de 2005, se eliminó el escollo de orden legal que le impedía reclamar la liquidación de sus cesantías conforme al salario real devengado, tal como se señaló en el precedente jurisprudencial transcrito.

Siendo así, el convocante podía agotar la vía gubernativa elevando una petición ante la administración para solicitar la reliquidación de sus cesantías, como en efecto lo hizo mediante escritos radicados el 8 de septiembre y 2 de noviembre de 2011 ante el Ministerio de Relaciones Exteriores (fls. 2, 6-7), los cuales fueron atendidos mediante Oficios Nos. DTH. 61599 de 30 de septiembre de 2011 y DTH 75630 de 7 de diciembre de 2011, respectivamente, en los que se manifestó que sus cesantías fueron liquidadas y remitidas al Fondo Nacional del Ahorro en su oportunidad, de acuerdo a la normatividad vigente para la época en que se causaron (fls. 3-5), y que no procedía en consecuencia pago de interés alguno (fls. 9-12)

Es decir que el convocante sí se cumplió con el requisito del agotamiento de la vía gubernativa.

Así también la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que procedería para resolver la controversia, no está caducada, ya que el Oficio 61599 fue expedido 30 de septiembre de 2011, y el Oficio DTH 75630 de 7 de diciembre de 2011, fue notificado el 29 de diciembre de 2011 (fl. 12) mientras que la solicitud de conciliación prejudicial fue presentada el 20 de enero de 2012 (fl. 1); es decir, dentro del término previsto en el artículo 136, numeral 2 del C.C.A.

Adicionalmente, estima el Despacho que con la segunda petición radicada el 2 de noviembre de 2011 y que dio lugar al Oficio DTH 75630 de 7 de diciembre de 2011 no se pretendió revivir términos de caducidad, en cuanto en esa solicitud se incluyó una pretensión que no había sido pedida con anterioridad, cual era el reconocimiento del 2% de intereses y constancia de notificación de las liquidaciones de cesantías. Y, en todo caso, como se indicó, aun contando desde la expedición del acto administrativo que respondió el primer petitorio y hasta la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial, no alcanzó a operar el término de caducidad.

De otro lado la entidad convocada reconoció la totalidad de las diferencias generadas por efecto de la reliquidación de las cesantías del convocante, junto con el interés respectivo, de modo que el acuerdo respetó los derechos mínimos fundamentales del trabajador y los derechos ciertos e indiscutibles e inextinguibles.

2.2. Control de lesividad

El Decreto 3118 de 1968 "por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, reorganizado por la Ley 432 de 1998", dispuso:

"ARTÍCULO 3º - Entidades vinculada al Fondo. Deberán liquidarse y entregarse al Fondo Nacional de Ahorro conforme a las disposiciones del presente Decreto, 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. (Subrayado del Despacho)

ARTÍCULO 27º.- 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." (Subrayado fuera del texto).

"ARTÍCULO 28º.- Liquidación año de retiro. En caso de retiro del empleado o trabajador, el respectivo Ministerio, departamento administrativo, superintendencia, establecimientos públicos o empresa

industrial y comercial del Estado. liquidará la cesantía que corresponda al empleado o trabajador por el tiempo servido en el año de retiro "

"ARTÍCULO 29º.- Salario base. Para efectuar las liquidaciones de que trata el artículo 27 se tomará como base el salario promedio mensual devengado por el empleado o trabajador en los tres últimos meses de cada año

En caso de salario variable, se tomará como base el promedio de lo devengado en el año respectivo o en el tiempo servido, si éste fuera menor de un año.

La liquidación de la parte de la cesantía correspondiente al tiempo trabajado en el último año de servicio a la cual se refiere el artículo 28, se hará con base en el promedio mensual de los salarios devengados por el trabajador en los tres últimos meses o durante el periodo en el cual éste prestó sus servicios en el año de retiro, si dicho periodo fuere inferior a tres meses

"ARTÍCULO 30º.- Notificación y recursos. Las liquidaciones del auxilio de cesantía de empleados público y trabajadores oficiales, de que tratan los artículos 22, 25, 27 y 28 se notificarán a los interesados, quienes si las encuentran correctas deberán suscribirlas en señal de asentimiento

Si el respectivo empleado público o trabajador oficial no estuviere conforme con la liquidación practicada podrá hacer uso de los recursos legales correspondientes.

Vencidos los términos establecidos para tales recursos, la liquidación quedará en firme y contra ella no cabrá ninguna otra clase de acciones "

"ARTÍCULO 31º.- Comunicación al Fondo. Es firme las liquidaciones, ellas se comunicarán al Fondo Nacional de Ahorro para que éste las acredite en cuenta a favor del respectivo empleado o trabajador."

Entonces, la anterior normatividad, impuso la liquidación anual de cesantías para los empleados públicos, y su respectiva notificación al empleado público, para luego ser comunicadas al Fondo Nacional del Ahorro con el fin de que las acreditara en la cuenta del trabajador.

Ahora, el Decreto 10 de 1992 "Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular", vigente a partir del 3 de enero de ese mismo año, en sus artículos 7 y 57 dispuso:

"ARTÍCULO 7o. Son cargos de servicio administrativo en el exterior los desempeñados por personal administrativo, técnico y de servicio en las Misiones Diplomáticas y Consulares. El Ministro de Relaciones Exteriores determinará lo relativo a su ubicación, denominación, asignaciones y funciones."

"ARTÍCULO 57. Las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, a excepción de los administrativos locales, se liquidarán y se

31

pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores."

Así, el artículo 57 del Decreto 10 de 1992, vigente a partir de la fecha en que el convocante prestó sus servicios en el exterior (fls. 11-18), dispuso que la liquidación de prestaciones sociales de los funcionarios de servicio exterior serían liquidadas y pagadas con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio

Posteriormente, el contenido del artículo 57 del Decreto 10 de 1992 fue reproducido por el artículo 66 del Decreto 274 de 2000 *"Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular"*, así:

"ARTÍCULO 66. Las prestaciones sociales de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular se liquidarán y se pagarán con base en la asignación básica mensual y en los conceptos laborales legalmente reconocidos como factores de salario, que le correspondieren en planta interna."

No obstante, esta disposición fue declarada inexecutable mediante sentencia C-292 de 2001, con fundamento en que el Gobierno Nacional excedió las facultades que le confirió el Congreso de la República, dado que no lo habilitó para regular el régimen prestacional de los funcionarios de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores:

"...Desde este punto de vista queda claro que el Gobierno Nacional, como legislador extraordinario, se excedió en las facultades precisas otorgadas por el Congreso de la República al amparo de lo previsto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución y por ello deviene inconstitucional la expresión "salvo las particularidades contempladas en este Decreto" contenida en el artículo 63. Esto es así porque al establecer que los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular deben ser afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social creado por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios y normas modificatorias y que ello procede "con las salvedades introducidas en ese Decreto", se crea una excepción y se abre la posibilidad de un régimen especial en materia del sistema de seguridad social aplicable a los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular."

Igual consideración debe hacerse en relación con los párrafos 2, 3 y 4 del mismo artículo y con los artículos 64, 65, 66 y 67 por cuanto todos ellos regulan materias propias del régimen prestacional y salarial que, por definición, están excluidas de los ámbitos que son susceptibles de regulación extraordinaria por parte del Gobierno Nacional con base en leyes de facultades. En efecto, cuando se hacen regulaciones específicas relacionadas con el régimen de seguridad social de esos funcionarios,

cuando se establecen las condiciones en que debe operar la prestación asistencial en el exterior, cuando se determinan bases de cotización y de liquidación de prestaciones sociales y cuando se determinan promedios para la realización de pagos a funcionarios, el Gobierno Nacional está ejerciendo una facultad que no le fue concedida y que el Congreso no podía delegarlo en cuanto se trata de un espacio que está supeditado al despliegue de su propia capacidad legislativa."

Y luego, la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 24 de mayo de 2005, declaró inexecutable el artículo 57 del Decreto 10 de 1992, con fundamento en que la equivalencia en la liquidación de prestaciones entre funcionarios de la planta externa con los de la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, constituye una desigualdad injustificada que desconoce el derecho a la seguridad social. Así lo señaló:

"14- De acuerdo con lo dicho anteriormente, es claro que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido precisa al señalar que las cotizaciones para pensión deben hacerse tomando en consideración la asignación que corresponde al cargo realmente desempeñado, pues hacerlo a partir de una asignación distinta o supuestamente equivalente resulta discriminatorio. Si se acogiera un criterio distinto al determinado jurisprudencialmente el resultado sería que aquellos trabajadores que han devengado un mayor salario van a recibir prestaciones sociales que en realidad pertenecen a labores de menor asignación, desarrolladas por trabajadores que generalmente cumplen distintas funciones a consecuencia también de su nivel de preparación, quienes además ostentan otras responsabilidades concordantes con su cargo. Es decir, lo recibido no correspondería al empleo, ni a las funciones, ni a las cargas propias del trabajo desempeñado Por ese motivo, esta Corte ya ha anotado que las normas que respaldan este tipo de prácticas frente a cierto grupo de trabajadores son inconstitucionales y deben ser inaplicadas, pues resultan contrarias a los principios de dignidad humana e igualdad, y violatorias de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social, derechos que tienen un fundamento constitucional expreso (C.P. arts 48, y 53)

(.)

Así, por ejemplo, en el caso del Decreto 10 de 1992, la liquidación de la pensión de jubilación o invalidez de los funcionarios del servicio exterior, estaba regulada en el artículo 56 y la liquidación de las prestaciones sociales de tales funcionarios estaba regulada en el artículo 57. Posteriormente, en el caso del Decreto 1181 de 1999, la liquidación de la pensión de jubilación o invalidez de los funcionarios del servicio exterior, estaba regulada en el artículo 65 y la liquidación de las prestaciones sociales de tales funcionarios estaba regulada en el artículo 66. Finalmente, en el caso del Decreto 274 de 2000, la liquidación de la pensión de jubilación o invalidez de los funcionarios del servicio exterior, estaba regulada en el artículo 65 y la liquidación de las prestaciones sociales de tales funcionarios estaba regulada en el artículo 66

No obstante su regulación en normas legales diversas, los problemas constitucionales planteados por la cotización y liquidación de la pensión de

75

jubilación y por la liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior con base en el salario que corresponde a un cargo equivalente en planta interna y no con base en el salario realmente devengado, son los mismos. Esto es así en tanto en uno y otro caso se incurrió en tratamientos diferenciados injustificados que contrarían el mandato de igualdad en la formulación del derecho y que, frente a casos concretos, resultan lesivos de derechos fundamentales como los de seguridad social y mínimo vital. Entonces, tratándose de problemas constitucionales similares, la uniforme línea jurisprudencial desarrollada de tiempo atrás por esta Corporación resulta aplicable y por lo mismo se debe declarar la inexecutable de la norma legal demandada.

El Ministerio de Relaciones Exteriores se opone a la declaratoria de inexecutable argumentando que el régimen legal diferenciado que se consagra respecto de la cotización y liquidación de la pensión de jubilación y de las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior se justifica por la necesidad de adecuar los ingresos de tales servidores al costo de vida de los países en los que cumplen sus funciones.

Para la Corte, como se ha visto, ese tratamiento no está justificado pues implica un desconocimiento del mandato de igualdad en la formulación del derecho y del principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales, principios de acuerdo con los cuales la pensión de jubilación y las prestaciones sociales deben cotizarse y liquidarse con base en lo realmente devengado por el funcionario del servicio exterior y no con base en un salario inferior que no le corresponde. Esta concepción, desde luego, no se opone a que, frente a prestaciones como la pensión de jubilación, la cotización y liquidación se realice respetando los límites máximos impuestos por la ley pues el respeto de tales límites asegura el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones." (Subrayado del Despacho)

Por consiguiente, esos pronunciamientos de constitucionalidad que, en virtud de los artículos 243 de la Constitución Política, 21 y 46 del Decreto 2067 de 1991⁵, son vinculantes y de obligatorio cumplimiento por parte de todas las autoridades, excluyeron del ordenamiento jurídico las normas que habilitaban al Ministerio de Relaciones Exteriores para liquidar las prestaciones sociales de los empleados del servicio exterior con base en el ingreso de un cargo equivalente en la planta interna, por lo que, como se señaló en la sentencia C-535 de 2005, dicha liquidación debe comprender lo real y efectivamente devengado, pues de lo contrario se desconocen los derechos a la igualdad, seguridad social y mínimo vital.

Y si bien la Corte Constitucional no concedió efectos retroactivos a las sentencias de inconstitucionalidad por lo que en virtud del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, tienen efectos hacia el futuro, es jurídicamente viable por vía de la excepción de

34

inconstitucionalidad inaplicar el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 y el artículo 66 del Decreto 274 de 2000, para las situaciones ocurridas durante su vigencia, puesto que la liquidación de prestaciones sociales, como las cesantías, con base en un ingreso inferior al verdaderamente devengado por el trabajador de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, desconoce flagrante, injustificada y abiertamente el principio de la realidad en las relaciones laborales y el derecho a la igualdad real y efectiva de los trabajadores que pregonan los artículos 13 y 53 de la Carta Política.

Precisamente, la liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores con base en lo real y efectivamente devengado por ellos, y no con fundamento en lo percibido por los empleos equivalentes de la planta interna, ha sido criterio sólido y reiterado de la jurisprudencia de la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, tal como se puede apreciar en sentencias de 24 de mayo de 2007⁶, 13 de mayo de 2010⁷ y 5 de agosto de 2010⁸, 21 de octubre de 2010⁹, 4 de noviembre de 2010¹⁰ y 3 de marzo de 2011¹¹, en las que se indicó que deben inaplicarse por

⁶ Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

⁷ Radicación número: 25000-23-25-000-2004-02207-01(8931-05)

⁸ Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08330-01(1910-08)

⁹ Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08332-01(1844-08)

¹⁰ Radicado Interno: 0176-08

¹¹ Radicación 1. 1-196-09. “Del anterior recuento también se puede inferir que, efectivamente, la liquidación de las prestaciones contaba con regulaciones especiales que desaparecieron del ordenamiento jurídico, quedando como premissa que la liquidación de las cesantías de los funcionarios que prestan sus servicios en el exterior debe efectuarse con base en el salario realmente devengado.

En otras dicho, por que liquidar sus prestaciones, entre estas la cesantía, con base en una equivalencia, como lo declaró la Corte Constitucional implicaría dar un tratamiento diferenciado e injustificado, contrario al mandato de igualdad en la formulación del derecho y que resulta lesivo a los “derechos fundamentales como los de seguridad social y mínimo vital”.

Pero además del tratamiento injustificado, por desconocimiento del mandato de igualdad en la formulación del derecho también se orienta contra el principio de primacía de la realidad frente a las formas que debe imperar en las relaciones laborales, pues lo cierto es que las prestaciones sociales, en especial las cesantías deben cotizarse y liquidarse con base en lo realmente devengado por el funcionario del servicio exterior y no con base en un salario afuera que no es su realidad.

Por lo anteriormente expuesto, es viable sostener que la liquidación de las prestaciones de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, a la luz de la Constitución de 1991 con base en la primacía de la realidad y además, del principio de favorabilidad, aplicable en materia laboral, contenidos en el artículo 53 de la Carta Política, la cesantía, debe sujetarse a la regla general, esto es, a aquella que dice que se efectúa con base en lo realmente devengado.

(...)

Al pesar de lo anterior, se observa que la disposición que permite la equivalencia para efectos de liquidación de prestaciones de cargos de planta externa a los de planta interna dentro del Ministerio fue, desde sus inicios, violatorio de los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana, mínimo vital, al principio de la primacía de la realidad frente a las formas y la favorabilidad, entre otros, de los integrantes de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, razón por la cual es viable que durante la vigencia de lo mismo se aplique la excepción de inconstitucionalidad. En este sentido, la Corte Constitucional sostuvo: “Por ese motivo, esta Corte ya ha anotado que las normas que respaldan este tipo de prácticas frente a cierto grupo de trabajadores son inconstitucionales y deben ser inaplicadas, pues resultan contrarias a los principios de dignidad humana e igualdad, y violatorias de los derechos al

inconstitucionales las normas en mención para las situaciones consolidadas antes de las sentencias que las declararon inexecutable.

De modo que las cesantías de los funcionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores deben reliquidarse teniendo como base el ingreso real devengado. Pero además, esos empleados tienen derecho a que se les reconozca un 2% mensual adicional por concepto de interés moratorio, previsto en los artículos 41 y 51 del Decreto 3118 de 1969, reglamentados por el artículo 14 del Decreto 162 de 1969, cuando obtienen la mentada reliquidación en virtud de una controversia, como la que se pretendió resolver con el acuerdo conciliatorio bajo examen. Esas provisiones disponen:

"ARTÍCULO 41º.- Decisión judicial. En caso de controversia judicial acerca de las liquidaciones en 31 de diciembre de 1968 o de una liquidación anual o de la liquidación correspondiente al tiempo de servicios en el último año, el Fondo acreditará en la cuenta del respectivo empleado público o trabajador oficial la cantidad que se ordene en la providencia debidamente ejecutoriada que ponga fin al litigio.

El registro de esta suma producirá todos los efectos que conforme a los artículos anteriores tiene el de las liquidaciones definitivas, aceptadas por el empleado o trabajador."

"ARTÍCULO 51º.- Intereses moratorios. La mora de los establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado en consignación en el Fondo el valor de las cesantías o de los intereses, conforme a lo dispuesto en el presente Decreto dará al Fondo derecho para exigir las sumas respectivas por la vía ejecutiva y para cobrar sobre ellas intereses de dos (2) por ciento mensual por el tiempo de la mora."

"ARTÍCULO 14: De acuerdo con los artículos 41 y 51 del decreto que se reglamenta, en caso de controversia sobre cualquier clase de liquidación del auxilio de cesantía, si en la providencia que decida el litigio se ordenara el reconocimiento a favor del trabajador de una suma mayor que la que hubiere sido liquidada por la respectiva entidad, en el mismo proveído se dispondrá el reconocimiento de intereses moratorios en beneficio del trabajador sobre la diferencia, a la tasa del 2% mensual, desde la fecha en que la suma respectiva se hubiere causado hasta aquella en que se le acredite.

De manera similar se procederá cuando se niegue al trabajador el pago del auxilio de cesantías, de acuerdo con el artículo 45 del decreto que reglamenta. En tales casos, si la providencia que desate el litigio fuere favorable al trabajador, sobre la suma reconocida a su favor, se ordenará el pago de intereses moratorios a la indicada tasa del 2% mensual, desde

último día y a la seguridad social, derechos que tienen su fundamento constitucional expreso (C.P. arts. 48 y 53)."

¹¹ Radicado interno 1491-10.

la fecha en que dicha suma se le ha debido pagar o acreditar hasta aquella en que esto se haga

En los supuestos a que se refiere este artículo, los intereses de mora se acreditarán al trabajador conjuntamente con el principal respectivo, e inmediatamente comenzará a disfrutar de los intereses corrientes a menos que el trabajador decidiera reclamar el saldo a su favor, cuando por retiro del servicio tuviere derecho a hacerlo.

La entidad en contra de la cual se hubiere pronunciado el fallo administrativo o judicial, estará obligado a consignar en el Fondo la cantidad adicional registrada a favor del trabajador por consecuencia del fallo, dentro del término de 60 días, contados a partir de la fecha en que la providencia hubiere quedado ejecutada, junto con los intereses corrientes de esa suma desde la fecha en que se ha acreditado al trabajador.

En todos los casos de controversia que contempla este artículo, los correspondientes recursos deberán ser interpuestos contra las entidades a cuyo cargo corre el respectivo auxilio de cesantía, sin que en ningún caso pueda dirigirse contra el Fondo, al cual no le cabe responsabilidad alguna "

En lo referente al reconocimiento del interés moratorio previsto en las anteriores disposiciones, el Consejo de Estado señaló:

"...El Decreto Extraordinario 3118 de 1968, creó el Fondo Nacional de Ahorro, como administrador de las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales y en esta se fijaron las condiciones en que llevaría a cabo su gestión, por ello aparecen regulados algunos aspectos, como los anteriores que regulan el pago de intereses moratorios.

Por su lado, Ley 432 de 1998, transformó el Fondo en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero del orden nacional, que presta, además, sus servicios en el sector privado y, el artículo 19 de esta preceptiva derogó "todas las disposiciones que le sean contrarias".

La citada Ley no reguló expresamente los intereses moratorios previstos en el artículo 41 del Decreto 3138 de 1969, reglamentado por el artículo 14 de Decreto 162 de 1969, es más, no se discute la existencia de alguna otra preceptiva que hubiese regulado este tópico, lo que hace aplicables y vigentes las previsiones allí contenidas.

En el presente asunto, por la sentencia recurrida se ordenó el pago de la referencia entre lo liquidado y girado al Fondo Nacional de Ahorro frente a lo que le correspondía, por ello, las normas antes citadas se adecuan al supuesto fáctico del presente asunto, además, de que la aplicación de tal previsión fue solicitada con la demanda, y por ello resulta procedente la aplicación de las normas aludidas para acceder a este petitum.

Empero, no obstante la anterior circunstancia, la Sala encuentra que el hecho de que se ordene el reconocimiento de los intereses moratorios

previstos en el artículo 14 del Decreto 162 de 1969, excluye, per se, la aplicación de la indexación.

Lo antes dicho porque al condenar al pago de intereses moratorios implícitamente se está actualizando el valor de la condena y no existe razón para actualizar una condena que de suyo, ya está más que actualizada.

La Ley 446 de 1998, en su artículo 16, establece: "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales."

La indexación obedece a un criterio mínimo de equidad según el cual quien no cumplió con una obligación oportunamente, no puede beneficiarse cumpliéndola en menor valor o depreciada, pero resulta que en presente asunto, ni siquiera se ha causado la cesantía, porque la demandante no se ha retirado del servicio y, siempre ha estado en el Fondo Nacional de Ahorro, entidad que, simplemente, paga los intereses que la ley lo ha señalado.¹²

De manera que, tampoco existen perjuicios, porque no se le han pagado las cesantías, simplemente debe abonarse a la cuenta las diferencias reclamadas junto con los intereses moratorios que se condenan en este proceso.

En otras palabras, si bien es cierto, en Estados de economías inestables, como el nuestro, el mero paso del tiempo deprecia la moneda y ocasiona la pérdida del poder adquisitivo del dinero, en el sub judice, esta carga aparece compensada por quien ha mantenido el dinero en su poder, con el pago intereses en cuantía muy superior al índice de inflación.

Lo antes dicho en aplicación de criterios como el de equidad y el de reparación integral, en donde, la Sala considera que, con los intereses moratorios aludidos, se compensa la pérdida del poder adquisitivo y se le remunera la diferencia dejada de liquidar conforme a las nuevas condiciones de liquidación de las cesantías de los trabajadores que prestan sus servicios en el servicio exterior.

Así las cosas se revocará el numeral 4º de la sentencia recurrida que accedió a indexar la condena; para en su lugar, ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios previstos por el artículo 14 del Decreto 162 de 1969, por ser favorable esta última condena a la demandante y, se confirmarán en los demás numerales, en tanto no fueron recurridos.¹³

¹² La Ley 432 de 1998, regula los intereses así: "ARTICULO 12 INTERESES SOBRE CESANTÍAS. A partir del 1o. de enero de 1998 el Fondo Nacional de Ahorro reconocerá y abonará en la cuenta de cesantías de cada servidor público afiliado, un interés equivalente al sesenta por ciento (60%) de la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, sobre las cesantías liquidadas por la entidad nominadora correspondiente, al año inmediatamente anterior o proporcional por la fracción de año que se liquide definitivamente."

Para efectos de la presente Ley la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, será la última certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, para los meses de noviembre-noviembre para empleados medios."

¹³ Sentencia de 21 de octubre de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08735-01(0176-08).

De manera que, como lo precisó la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en el anterior pronunciamiento, son excluyentes el interés moratorio del 2% mensual, previsto en los artículos 41 y 51 del Decreto 3118 de 1969, reglamentados por el artículo 14 del Decreto 162 de 1969, y la indexación, en cuanto el primero también implica la actualización del valor de las sumas.

Ahora, en lo concerniente a la prescripción, como modo de extinción de los derechos y obligaciones, concretamente en tratándose de la liquidación de cesantías de los empleados de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" en jurisprudencia reiterada¹⁴, señaló:

" En el presente asunto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 Decreto Nacional 1848 de 1969, prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

()

La ausencia de norma expresa que regule esta figura respecto de otros derechos laborales, no incluidos en el Decreto citado, no implica la imprescriptibilidad de los mismos, de ahí que por analogía se aplica el artículo 151 del C.P.T.15, a menos que existan cánones que regulen este tópico en puntos específicos.

De otro lado, como ya se esbozó arriba, la prescripción de las prestaciones sociales es de índole subjetiva, de manera que ésta sólo emerge a partir de la negligencia o falta de ejercicio del derecho y por tanto, es susceptible de interrumpirse

1.2 De otra parte, el auxilio de cesantía no es una prestación periódica sino unitaria, que sólo se concreta al momento de culminar la relación laboral, sobre este punto, la Sala ha precisado:

"La cesantía no es una prestación periódica a pesar de que su liquidación se haga anualmente; es prestación unitaria y cuando como en este caso se obtiene en forma definitiva por retiro del servicio, el acto que la reconoce pone fin a la situación si queda en firme. La cesantía debe pagarse al empleado al momento de su desvinculación laboral y excepcionalmente antes de esta, cuando se den las causales específicas de pago parcial. El acto de liquidación por tanto es demandable ante lo contencioso administrativo, observando las normas que en materia de caducidad de la acción señalan un término de 4 meses contados a partir

¹⁴ Sentencia de 2^a de octubre de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08735-0110176-08). Reiterada en sentencia de 4 de noviembre de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08742-011496-09), y en sentencia de 5 de marzo de 2011. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-06288-02(1491-16)

¹⁵ "Artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."

del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso (inciso 2º. Artículo 136 del C.C.A.).¹⁶

La anotada característica, se reitera, obliga al beneficiario inconforme con el reconocimiento de su cesantía a atacar, dentro del término establecido, el acto administrativo que lo efectúa, cuya prestación, se insiste, sólo se consolida al momento de su desvinculación. En el sub iudice, la demandante al momento de incoar la demanda, se encontraba vinculada con la entidad demandada, es decir que aún no había causado sus cesantías definitivas y por ello no resulta razonable que opere la prescripción.

13. De otra parte, en el presente asunto se tiene que la entidad demandada, Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, afilió a la demandante al Fondo Nacional de Ahorro y allí giró las cesantías correspondientes a los años de 1999 a 2003 (folio 245).

Dentro del proceso no aparece probada la respectiva notificación de cada acto administrativo que liquida la cesantía, simplemente, según se deduce, se le acredita cada año a la demandante en su cuenta individual el valor que le corresponde por dicho concepto (folios 180 a 184).

Es decir que, en principio, la parte demandante no estaba en la obligación de impugnar el acto de liquidación y giro de las cesantías, pues no le notificaron cada decisión anual, es más, no aparece probado que cada año se le notificara el contenido del oficio que le giraba o transfería los dineros con destino al Fondo Nacional de Ahorro; en otros términos, la parte demandante sustancialmente no tuvo oportunidad para discutir el monto de sus cesantías y por ello tampoco podía correr en su contra algún término prescriptivo

Para abundar en razonamientos, la Sala indica que el problema jurídico que se presenta aquí corresponde a la forma de liquidación de las cesantías en donde la entidad lo hizo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 57 del Decreto 10 de 1992,¹⁷ que ordena “las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, a excepción de los administrativos locales, se liquidarán y se pagarán con base en las asignaciones equivalentes en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores”, norma que fue declarada inexecutable mediante sentencia C-535 de 2005, en la que reiteró que “existe una línea jurisprudencial consolidada de acuerdo con la cual la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de los funcionarios del servicio exterior con base en el salario de cargos equivalente en planta interna, vulnera los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad y, además, lesiona, en casos concretos, los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del pensionado o aspirante a pensionado”.

Conforme a lo antes indicado se precisa que existía un obstáculo de orden legal que no permitía liquidar las prestaciones de los empleados del servicio exterior, con base en lo que devengaban sino sólo de acuerdo con

¹⁶ Auto del 18 de mayo de 1995, expediente No. 11.043, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro actor Luis Aníbal Villata

¹⁷ El Decreto 1181 de 1999 y Decreto 274 de 2000, precisaban que la liquidación de las prestaciones sociales se haría en términos similares

20
28

lo valores equivalentes a los de la planta interna, de manera que se puede decir, como ya lo ha precisado esta Sala, que el derecho a devengar la cesantía liquidada con base en lo devengado en el servicio exterior, sólo surgió con certeza, a partir de la expedición de las sentencia referida, pues antes, es evidente que la entidad pública se abstenía de liquidarla.

A partir de la remoción del obstáculo normativo cuya sentencia, fue proferida el 24 de mayo de 2005, la demandante estaba legitimada para pedir el reconocimiento de su derecho.

Por ende, no es razonable, en este caso, aplicar la prescripción trienal porque esta figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone, en primer lugar, la evidencia de la exigibilidad, y, en segundo lugar, una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento, la que se evidencia en la mora en agotar la vía gubernativa, cuestiones que no ocurrieron en el presente asunto.¹⁸

Se desprende del anterior criterio jurisprudencial que prohija este Despacho, que en el caso del convocante no operó la prescripción de los derechos reclamados, habida consideración de que según lo certificó la entidad demandada a folio 51 del expediente, no obra registro alguno de que le hubieran sido notificados los actos administrativos por los cuales se le reconocieron y liquidaron sus cesantías anualmente, razón por la cual su inactividad para reclamar su reliquidación está justificada, de modo que no puede correr término prescriptivo alguno en su contra. Adicionalmente, él presentó reclamación el 8 de septiembre de 2011, es decir, dentro de los tres años siguientes a la terminación de su vínculo laboral con la entidad convocada (30 de septiembre de 2008).

A partir de lo anteriormente expuesto, concluye el Despacho que el señor Fernando Salavarrieta Garcia tiene derecho a la reliquidación de sus cesantías con el salario real de planta externa, y al pago del 2% mensual de interés moratorio, habida cuenta de que está demostrado que estuvo vinculado al Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 3 de febrero de 1992 al 30 de septiembre de 2008, de los cuales laboró en el exterior desde el 3 de febrero de 1992 al 31 de diciembre de 2003, así se certificó por parte del Coordinador de Nómina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores (fl. 14 vto.), periodo dentro del cual la liquidación de sus cesantías se efectuó con base en el

¹⁸ Similares y reiterados pronunciamientos ha hecho la Sala de la Sección Segunda y la Sala Plena de esta Corporación, ver, entre otros, sentencia de 3 de diciembre de 2002, Expediente No. S-76-1, actor ELISERIO BARRAGÁN ORTIZ, Consejero Ponente Dr. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, en esta última, expresamente, se sostuvo: "o, por mejor decir, la obligación de esta entidad no era entonces exigible. En consecuencia, mal podía hacerse correr la prescripción contra quien no podía exigir su derecho".

salario devengado por cargo equivalente en planta interna, como se desprende de la certificación que obra a folios 14 a 18 del expediente.

Según la liquidación suscrita por el Director de Talento Humano y la Coordinadora Nómina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, la diferencia generada entre las cesantías pagadas y las que resultan de la liquidación con el salario real devengado por el señor Salavarieta Garcia mientras laboró en el servicio exterior, da un resultado de TREINTA Y NUEVE MILLONES CIENTO DIECISIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$39.117.775.00), y lo correspondiente al interés moratorio del 2% mensual da un valor de CIENTO NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS ONCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS M/CTE (\$109.811.831.00), para un total de CIENTO CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS M/CTE (\$148.929.606.00), suma que corresponde a la conciliada.

Así, se concluye que el acuerdo conciliatorio no es lesivo para el patrimonio público, habida consideración de que el Ministerio de Relaciones Exteriores está obligado por un lado, a pagar las diferencias generadas entre lo cancelado por cesantías y lo que debe reconocerse por la reliquidación con lo efectiva y realmente devengado por el señor Fernando Salavarieta Garcia en el periodo en que fue funcionario de planta externa, sin aplicar término de prescripción alguno; y, por otro lado, a reconocer lo correspondiente al 2% mensual de intereses moratorios, además una conciliación en este momento puede evitar una posterior condena con sumas iguales o mayores a las conciliadas, con el consecuencial aumento del costo por el paso del tiempo, por actualización o intereses de la condena judicial en los términos de la ley.

También, dentro del trámite conciliatorio se allegaron las pruebas necesarias para la aprobación del acuerdo esto es, aquellas indicativas de la posibilidad de una eventual condena en contra de la entidad pública por los hechos materia de la controversia, tal como se analizó con anterioridad.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,**

RESUELVE:

PRIMERO.- APROBAR el ACUERDO CONCILIATORIO PREJUDICIAL PARCIAL, logrado entre el señor FERNANDO SALAVARRIETA GARCÍA y el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES en audiencia celebrada el 29 de marzo de 2012 ante la Procuraduría 119 Judicial II Para Asuntos Administrativos.

SEGUNDO.- Ejecutoriada esta providencia, **Por Secretaría** y a costa de la parte convocante, expidase primera copia auténtica que preste mérito ejecutivo del Acta de 29 de marzo de 2012, correspondiente a la conciliación prejudicial celebrada, y del presente auto, y **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



BELSY YOHANA PUENTES DUARTE
Jueza