

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A"

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2.019)

Magistrado Ponente: **Dr. José María Armenta Fuentes**

- Expediente No:** 110013335030-2013-00124-02
- Accionante:** MARÍA HELENA ÁLVAREZ CORREDOR
- Accionada:** NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
- Controversia:** Reliquidación de cesantías con base al salario realmente devengado en el ejercicio de cargos en el exterior.

APELACIÓN DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Administrativo Oral de Bogotá, el diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciséis (2016), mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El accionante, mediante apoderado y 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, solicitó la declaratoria de nulidad de los numerales 1º y 2º del acto administrativo Oficio DITH N°. 35900 de 6 de junio de 2012, mediante el cual la entidad demandada negó la reliquidación de las cesantías a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que entidad accionada sea condenada a liquidar nuevamente las cesantías por todos los años que laboró en el exterior, hasta el 2003, inclusive, sin prescripción, tomando como base el salario básico realmente devengado en la Planta Externa y demás factores que legalmente correspondan. En consecuencia, se le ordene a la accionada a pagar debidamente indexadas las diferencias resultantes en el Fondo Nacional de Ahorro en la cuenta individual de la señora María Helena Álvarez Corredor, incluyendo el interés moratorio

del 2% establecido en el artículo 14 del Decreto 162 de 1969, los intereses de que tratan los artículos 11 y 12 de la ley 432 de 1998, junto con los intereses moratorios indicados en el C.P.A.C.A.

Fundamentos fácticos de la demanda.

1. La demandante laboró en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores en el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1995 hasta el 3 de febrero de 1997, y nuevamente desde el 12 de marzo de 1999 hasta el 31 de marzo de 2003, inclusive, ocupando los cargos de Tercer Secretario, Grado Ocupacional 1 EX, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Alemania y Ministro Plenipotenciario, Grado Ocupacional 6 EX en la Embajada de Colombia ante el mismo Gobierno, respectivamente.

2. La liquidación a las cesantías de la demandante durante el tiempo laborado en el Ministerio de Relaciones Exteriores NO se hizo con el sueldo realmente devengado sino con un valor inferior del cargo equivalente en planta interna sin que a la fecha se le haya cancelado la diferencia que resulta a su favor.

3. El Ministerio de relaciones exteriores omitió notificar las liquidaciones de cesantías correspondientes a los periodos laborados por la parte accionante y por lo tanto no le informó que recursos procedían contra ellas, siendo esos unos actos administrativos ineficaces, vulnerándole el derecho a la defensa y el debido proceso.

4. El 13 de abril de 2012 la demandante presentó escrito tendiente a reclamar la reliquidación de sus cesantías con el salario realmente devengado, con aplicación de los intereses moratorios, consagrados en el Decreto 162 de 1969 y que el giro se haga a la cuenta individual de la accionante en el Fondo Nacional del Ahorro, así como la expedición de las liquidaciones de las cesantías, sus notificaciones y certificados de factores salariales.

5. Se presentó solicitud de conciliación prejudicial en la que no hubo acuerdo entre las partes.

PRIMERA INSTANCIA

El proceso en primera instancia correspondió al Juzgado Treinta Administrativo de Bogotá, quien previo proferir decisión de fondo había resuelto declarar la prescripción del derecho, pero ese asunto fue revocado en segunda instancia por esta Sala, e inclusive se hizo el estudio de la caducidad pues ésta

también era objeto de debate, decidiendo que no operó y se debía continuar con el proceso toda vez que no hubo notificación de la liquidación de las cesantías en cuestión.

Finalmente en audiencia inicial el a quo profirió la sentencia de 17 de mayo de 2016 (fls. 252 y subsiguientes del expediente), concediendo las pretensiones de la demanda al considerar que las cesantías de la demandante no fueron liquidadas de conformidad con la Ley y la Constitución, y que los actos por medio de los cuales se liquidó tal prestación no fueron notificados, citando jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional con efectos erga omnes, el principio de igualdad ya las normas que rigen la materia. A la luz de lo establecido en lo contencioso administrativo concedió a su vez los intereses reclamados.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el a quo argumentando especialmente que los pagos de las cesantías se efectuaron en forma legal y oportuna, con las normas vigentes al momento en que se hicieron los traslados de dicha prestación de la demandante, insistiendo en que el artículo 52 del Decreto 10 de 1992 solo fue declarado inexecutable sin efectos retroactivos en el año 2005, por lo que la sentencia C-535 de 2005 no puede aplicarse a situaciones consumadas en vigencia de esa Decreto. Fundamenta su recurso en jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional en materia de efectos retroactivos de las sentencias proferidas por esa Corporación.

Insiste en el tema de la prescripción del derecho y alega como incompatible el reconocimiento de los intereses establecidos en el artículo 14 del Decreto 162 de 1969.

De acuerdo con lo anterior solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda

PROBLEMA JURÍDICO.

Le corresponde a la Sala determinar si la entidad demandada debe reliquidar las cesantías de la demandante, teniendo en cuenta lo realmente devengado durante su vinculación como funcionaria en el servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, y de ser así, si deben pagarse también los intereses moratorios del 2% regulados en el artículo 14 del Decreto 162 de 1969.

CONSIDERACIONES

Agotadas las distintas etapas propias de la instancia y sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el juzgador colectivo a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente, para a partir de allí, adoptar la decisión que en derecho y justicia corresponda.

Lo pretendido con la demanda es que el Ministerio de Relaciones Exteriores re liquide las cesantías reconocidas al actor durante los periodos laborados en el exterior como funcionario en el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 1995 hasta el 3 de febrero de 1997, y nuevamente desde el 12 de marzo de 1999 hasta el 31 de marzo de 2003, tomando como base el salario básico devengado en planta externa. En consecuencia, la accionada cancele las diferencias adeudadas incluyendo el interés moratorio del 2% establecido en el artículo 14 del Decreto 162 de 1969, los intereses de que tratan los artículos 11 y 12 de la ley 432 de 1998, y con los intereses moratorios indicados en el C.P.A.C.A.

La Sala examinará si tienen vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta el material probatorio recopilado a instancia de las partes y del Despacho sustanciador, del cual se destaca el siguiente:

1. Reclamación administrativa para obtener la reliquidación de las cesantías y los pagos correspondientes incluyendo intereses, así como copia de las liquidaciones efectuadas por concepto de cesantías durante los años laborados junto con las respectivas notificaciones, entre otros documentos (folios 5 a 7 del expediente).
2. Oficio DITH 35900 del 6 de junio de 2012, suscrito por la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el cual resuelve una reclamación administrativa referente a la liquidación de cesantías con base en el salario realmente devengado, el reconocimiento y pago del 2% de interés moratorio de conformidad con el artículo 14 del Decreto 162 de 1969, la expedición de certificado de factores salariales y copias de las liquidaciones de las cesantías y en la cual se le informa a la demandante que solo se encontraron de unos periodos transcurridos entre 1995 y 1997. (Folios 8 y 9 del cuaderno principal)
3. Certificación de servicios, suscrita por la Coordinadora de Nomina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones exteriores, en la que se relacionan además los conceptos salariales que devengo durante su vinculación a la entidad (Fls. 10-14)

4. Liquidaciones de cesantías para los siguientes periodos: 1) de marzo de 1995 a 31 de diciembre de la misma anualidad; 2) anualidad de 1996 y 3) de enero a febrero de 1997, sin constancia de notificación. (Fls. 15 a 17)

Normatividad aplicable

Mediante la Ley 6 de 1945¹, se determinó lo siguiente:

"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 1 de enero de 1942."

Posteriormente, la Ley 65 de 1946² extendió dicho beneficio el cual fue reiterado por el Decreto 1160 de 1947 de la siguiente manera:

"Artículo 1º.- Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942."

El Presidente de la República por medio del Decreto 3118 de 1968³ creó el Fondo Nacional del Ahorro y con ello se dispuso que a partir del 1º 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 a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendría carácter definitivo y no podría revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

El Consejo de Estado en providencia de fecha 6 de julio de 2011, sobre el tema objeto de estudio, precisó:

"De otra parte, es del caso precisar que es característica esencial de la Carrera Diplomática y Consular la denominada "alternación", de ahí que unos miembros de dicha carrera se deban desempeñar en el servicio exterior y otros al interior del Ministerio, bajo las condiciones y formas fijadas en sus respectivas épocas, entre otros, por el Decreto 10 de 1992 y el Decreto 274 de 2000 para ello aparecen regladas equivalencias entre la planta exterior y la interna."

¹ por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.

² por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras.

³ 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

Lo anterior en razón a que quienes prestan sus servicios en el extranjero no lo hacen de forma indefinida sino que retornan, así sea un tiempo, al País, para que se mantengan en permanente contacto con la realidad de su lugar de origen y puedan representar aún mejor los intereses del Estado.

El Régimen Especial de la Carrera Diplomática, y de forma específica la condición de alternación, afectan las condiciones en que deben liquidarse las cesantías del personal que labora en el servicio exterior”.

En lo que respecta al conjunto normativo del régimen de cesantías el artículo 1º del Decreto 0311 del 8 de febrero de 1951 estableció que *“las prestaciones sociales de los empleados que hayan servido en el exterior se liquidarán y pagarán en pesos colombianos a razón de un pesos por cada dólar recibido”.*

El Decreto 2016 de 17 de julio de 1968, por medio del cual se establece el “Estatuto Orgánico del Servicio Diplomático y Consular”, en su artículo 76 dispuso:

“Artículo 76. *Las prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del presente estatuto y salvo lo previsto en el artículo 66.”*

El anterior artículo fue modificado por el Decreto 1253 de 27 de junio de 1975⁴ que en sus artículos 1º y 2º señaló:

“Artículo 1º. Modifícase el artículo 76 del Decreto 2016 de julio 17 de 1968, en el sentido de que las liquidaciones sobre prestaciones sociales que en adelante se efectúen se harán tomando como base la moneda en que se perciban las respectivas remuneraciones.

Artículo 2º. La tasa de cambio será la que se establezca la Junta Monetaria en 31 de diciembre de cada año fiscal”

Con la expedición de la Ley 41 de 11 de diciembre de 1975, se derogaron las anteriores disposiciones y en su lugar se dispuso:

“Artículo 1º. Deróguense los artículos 1º y 2º del Decreto 1253 del 27 de junio de 1975, por el cual se modificó el artículo 76 del decreto 2016 de 17 de julio de 1968.

Artículo 2º. Las prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del decreto 2016 de 1968, salvo lo previsto en el artículo 66 del mismo decreto”.

⁴ Por el cual se modifica el artículo 76 del Decreto 2016 de julio 17 de 1968

Posteriormente se expidió el Decreto 10 de 1992, con el cual se estableció el nuevo Estatuto Orgánico del Servicio Exterior y de Carrera Diplomática y Consular, la cual en su artículo 57 sostuvo:

*"Artículo 57. 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 del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores"*⁵.

De otra parte se destaca, que la norma que permitía liquidar las prestaciones sociales de los empleados del servicio exterior con base en la asignación de un cargo de la planta interna (artículo 57 del Decreto 10 de 1992), fue declarado inexecutable a través de la sentencia C-535 de 2005, en la que la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

"El régimen de seguridad social de los funcionarios del servicio exterior ha sido objeto de varios pronunciamientos de esta Corporación, en particular en lo relacionado con el régimen pensional. En efecto, tanto en pronunciamientos de tutela como de constitucionalidad, la Corte se ha pronunciado en torno a las situaciones planteadas por el mecanismo fijado para la determinación del ingreso base para la cotización de la pensión de jubilación, mecanismo de acuerdo con el cual no se tiene en cuenta el salario devengado por los funcionarios del servicio exterior sino la asignación correspondiente a un cargo equivalente en planta interna.

En las sentencias de tutela T-1016-00, T-534-01 y T-083-04, la Corte consideró que ese mecanismo de determinación del ingreso base de cotización de la pensión de jubilación contrariaba los principios de dignidad humana e igualdad y que lesionaba los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de los pensionados. Por ello concedió el amparo constitucional invocado por los actores y le ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Instituto de Seguros Sociales que para efectos de la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de tales ex funcionarios tuviera en cuenta el salario efectivamente devengado y no uno equivalente en planta interna.

(...)

Como puede advertirse, entonces, 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.

3. Aplicación del precedente al régimen de liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior.

En el régimen legal de la carrera diplomática y consular se ha distinguido entre el ingreso base de cotización y liquidación de la pensión de jubilación y el

⁵ Con posterioridad a este cuerpo normativo el Decreto Ley 1181 de 1999, dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 120 de la Ley 489 de 1998, reguló el Estatuto Orgánico de Servicio Exterior y de Carrera Diplomática y Consular; sin embargo, esta normatividad fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-920 de 1999, en razón a que la Corte había declarado inconstitucional el artículo 120 de la Ley 489 de 1998 y en consecuencia, los Decretos Leyes dictados con fundamento en él debían correr la misma suerte.

ingreso base de cotización de las prestaciones sociales. Es decir, no obstante que aquella y éstas se han sujetado al salario de cargos equivalentes en planta interna, su regulación se ha hecho en disposiciones diferentes.

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 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 incurre 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.". (El subrayado y las negrillas están fuera del texto).

De esta manera, en torno al tema de la liquidación de las prestaciones sociales de quienes hacen parte del cuerpo diplomático en el exterior, la Corte Constitucional ha elaborado una consolidada línea jurisprudencial, en el sentido de sostener que "... tal liquidación debe hacerse tomando como base el salario realmente devengado por el ex trabajador y nunca un salario inferior, que

*además es ficticio, pues no corresponde realmente al cargo desempeñado y a las responsabilidades derivadas del mismo.*⁶

En virtud de las facultades conferidas por el artículo 1º de la Ley 573 de 2000, se expidió el Decreto 274 de 2000 "Por el cual se regula el servicio Exterior de la República y Carrera Consular" que derogó el Decreto 10 de 1992, y en su artículo 66 sostuvo:

"ARTÍCULO 66. Liquidación de prestaciones Sociales.-. 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.

La anterior norma fue objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-292 de 16 de marzo de 2001, y en ella concluyó que la facultad para regular el régimen prestacional de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, es única y exclusiva del legislador.

Se puede concluir que la liquidación de las cesantías para aquellos funcionarios pertenecientes al Ministerio de Relaciones Exteriores contaba con normatividad expresa, la cual propendía, el uso de una tabla de equivalencia con la planta interna de dicha cartera ministerial para la liquidación de las prestaciones a que tenía derecho la planta externa; sin embargo de acuerdo con el análisis realizado por la Corte Constitucional, la equivalencia realizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores generaba un tratamiento diferenciado e injustificado, por lo que se dispuso la declaratoria de inexecutable.

Respecto de los efectos de las sentencias de inexecutable, el Consejo de Estado en providencia de fecha 6 de julio de 2011, determinó:

"De conformidad con lo anteriormente señalado, si bien es cierto, existieron algunas normas que regularon la liquidación de las prestaciones de los funcionarios referidos, ellas: i) fueron derogadas; ii) fueron declaradas inexecutable por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, o, iii) de encontrarse vigentes, deben ser inaplicadas por violar los principios de primacía de realidad sobre las formas, de favorabilidad y los derechos fundamentales superiores protegidos por la Constitución Política.

Respecto de este último aspecto,⁷ deben efectuarse aún algunas precisiones, a saber:

- Los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional por las cuales se decide la declaratoria de inexecutable de una norma, por regla general, son hacia el futuro; salvo, que la misma Corte expresamente manifieste, de conformidad con su reglamento interno, los alcances que le da a la misma.

- Lo anterior implica que deberían avalarse las situaciones que adquirieron firmeza durante la vigencia de aquellas normas que posteriormente son declaradas inconstitucionales.

- Sin embargo, en algunas oportunidades es viable, dadas las condiciones de la norma que se retira del ordenamiento jurídico, aplicar durante la vigencia de la

⁶ C-173 de 2004.

⁷ Como ya lo hizo esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia de 11 de marzo de 2010, expediente No. 25000232500020053120 01 (0613-08), actor Ramiro Zambrano Cárdenas, Magistrado Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

misma, la excepción de inconstitucionalidad en aras de no permitir la existencia de situaciones que a todas luces son inconstitucionales por afectar derechos de naturaleza fundamental.

Tal circunstancia se presente en el sub examine, pues la Corte Constitucional en ninguno de sus fallos moduló los efectos de la declaratoria de inexecutable y, en consecuencia, se alega que al haberse efectuado la liquidación de las cesantías del actor en vigencia de normas en las que se avalaba la equivalencia a cargos de la planta interna, ello no puede dar lugar a ilegalidad alguna.

A 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, violatoria de los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana, mínimo vital, el principio de la primacía de la realidad frente a las formas y la favorabilidad, entre otros, de los funcionarios de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, razón por la cual es viable que durante la vigencia de la misma 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 mínimo vital y a la seguridad social, derechos que tienen un fundamento constitucional expreso (C.P. arts. 48, y 53)."

Este deber de dar primacía a la Constitución Política (artículo 4º), ha ocupado la atención de la Corporación en otros asuntos, en los siguientes términos:

"Finalmente, la Sala encuentra que si bien la declaratoria de inexecutable del Decreto Nro. 1670 de 1997 ocurrida mediante la sentencia C-140 de 15 de abril de 1998 dictada por la Corte Constitucional con ponencia del DR. CARLOS GAVIRIA DIAZ se dispuso con efectos hacia el futuro, ello no implica que al juez le sea un imposible jurídico pronunciarse sobre la legalidad del acto acusado, dictado con fundamento en el declarado a la postre inexecutable, por cuanto es ostensible que desde su origen el Decreto 1670 de 27 de junio de 1997 nació viciado de ilegalidad y por ende, le es dable al juzgador aplicar respecto de aquél la excepción de inconstitucionalidad por el lapso que transcurrió desde su expedición hasta la sentencia de inexecutable, evitando con ello que una decisión manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico y que causa estragos en los derechos particulares, se ampare en que los efectos de la declaratoria de inexecutable se dispusieron hacia el futuro."⁸

De otra parte, para la Sala es importante resaltar que la remisión al salario de los Ministros de Despacho que efectuaban las normas referidas en el caso de los Embajadores, en carrera, no le concedía a los últimos la aplicación de un régimen especial, pues la remisión no se hace frente a régimen pensional especial alguno sino simplemente frente a una asignación salarial."

De conformidad con lo anterior, el Tribunal encuentra viable aplicar el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias que decretaron la inexecutable de la norma que permitía calcular la prestación referida con un salario menor al realmente devengado, por ser notoriamente contrarias a la norma fundamental.

⁸ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, de 24 de mayo de 2007, radicado interno No. 2616-04; C.P. doctor Alejandro Ordóñez Maldonado.

Estima la Sala que, al liquidarse las cesantías devengadas por la señora MARÍA HELENA ÁLVAREZ CORREDOR, con un salario menor al realmente devengado se le dio un tratamiento discriminatorio, desconociéndose el derecho a la igualdad en materia laboral consagrado en la Constitución en el artículo 13; así como los principios mínimos fundamentales que en materia laboral consagra el artículo 53 de la Constitución Política, tales como la proporción en el pago respecto de la cantidad de trabajo, la primacía de la realidad sobre las formalidades y la seguridad social.

Sobre el fenómeno jurídico de la prescripción.

De antemano se advierte que este asunto ya fue discutido y resuelto en segunda instancia por esta Sala, en apelación de auto, obrando las consideraciones y decisión a folios 240 a 247 del expediente, en donde el Tribunal concluyó que la prescripción del derecho no operó; sin embargo, se hará un pronunciamiento al respecto, teniendo en cuenta que es un argumento del escrito de apelación que debe ser atendido.

En decisiones análogas a la que es objeto hoy de estudio por esta Sala, el Despacho sustanciador concluía que efectivamente al presentarse irregularidades en el proceso de notificación de los actos administrativos liquidatorios de las cesantías, no había lugar a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción, en razón a que si los actos de liquidación de las cesantías no eran notificados eran inoponibles ante la administración, no obstante lo anterior el Despacho rectifica su posición a partir de las recientes decisiones del órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En reciente pronunciamiento, el Honorable Consejo de Estado con ponencia de la Magistrada Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en sentencia de fecha 1 de marzo de 2018, dentro del proceso Radicado No. 2012-01908, definió:

"En esta oportunidad, se reitera⁹ una vez más, las cesantías son una prestación social que no es periódica, no obstante que su reconocimiento y liquidación se hace cada año, se trata, entonces, de una prestación unitaria, en donde al ser reclamadas pueden operar los fenómenos de la prescripción o de la caducidad, en los eventos que no se acuda oportunamente a interrumpir dichos fenómenos. De acuerdo con lo anterior y concluyendo lo señalado en precedencia, se tiene que decir que si el señor está alegando que el acto debe ser comunicado, se le debe recordar que, su poderdante está afiliado al FNA y hay una regulación expresa para que el empleador consigne las cesantías, lo cual, una vez efectuado, el ente previsional le informa cuánto se le consignó. En consecuencia, no se requería la notificación del acto de liquidación, esto es, el documento donde se liquidó, porque ya con la consignación del valor tuvo conocimiento, y si

⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B, 25 de agosto de 2005. Expediente: 2000-01910 (4656-03.- Expediente: 1998-03866 (4723-03). 25 de agosto de 2005.

pretendía un mayor valor y si conocía que debía liquidarse en divisas y no en pesos colombianos, debió haber reclamado oportunamente y teniendo en cuenta que cada cesantía es anualizada y en especial que el poderdante fue objeto de liquidación definitiva por retiro del servicio.

Así las cosas, y por las anteriores razones, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que prosperó las excepciones de prescripción y de caducidad."

De conformidad con lo expuesto, cuando se acredita el retiro del servicio y se liquidan de manera definitiva las cesantías, la notificación del acto de liquidación no es necesaria a efectos de contar los términos de prescripción pues se entiende que a partir de la consignación del valor liquidado por la entidad, se habilita su reclamación.

El tema de la notificación de los actos administrativos se encuentra debidamente regulado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual, en su artículo 67 se establece como regla general, el deber de hacerla personal, entregándose en la diligencia al interesado copia auténtica y gratuita de esa decisión definitiva; sin embargo, en el artículo 72 también se estableció la posibilidad de la notificación por conducta concluyente, en éste se señaló lo siguiente:

"Artículo 72. Falta o irregularidad de las notificaciones y notificación por conducta concluyente. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales."

Según el principio establecido en el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia debe primar el derecho sustancial sobre el procesal, que para el caso en cuestión resultaría el hecho de que la demandante recibió el pago de sus cesantías, entonces resulta indiscutible la notificación por conducta concluyente; resultando un aspecto formal la notificación de la liquidación de la liquidación de las mismas.

Teniendo en cuenta que el derecho a la reliquidación de las cesantías con el salario realmente devengados por los funcionarios que prestaron sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores surgió solo a partir de la sentencia de la Corte Constitucional C-535 de 2005, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, Expediente D- 5490, que declaró **INEXEQUIBLE** el artículo 57 del Decreto Extraordinario 10 de 1992, será a partir de allí que se entienda que tal prestación se hizo exigible a efectos de determinar la prescripción.

En el caso sub examine a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra acreditado, que el accionante se retiró del servicio a partir del **31 de marzo de 2003**, por lo que podemos concluir que para la fecha en la cual quedó ejecutoriada la sentencia C-535 de 2005, esto es **24 de mayo de 2005**, las cesantías de la accionante eran una prestación de carácter unitario, y por ello contaba, hasta el **24 de mayo de 2008** para interrumpir el fenómeno prescriptivo, lo cual únicamente se verificó hasta el día **17 de abril de 2012**, es decir algo más de 9 años contados desde su retiro, y aproximadamente 4 años desde la fecha de ejecutoria de la referida sentencia.

Así las cosas, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Administrativo Oral de Bogotá, el diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciséis (2016), mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda. en su lugar, se declarará probada la excepción de prescripción extintiva del derecho correspondientes a los periodos del 1º de marzo de 1995 hasta el 3 de febrero de 1997, y desde el 12 de marzo de 1999 al 31 de marzo de 2003, inclusive, en los que la señora **MARÍA HELENA ÁLVAREZ CORREDOR** laboró en el servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Por lo expuesto, se denegarán las pretensiones dirigidas al pago de intereses contenidas en el escrito de la demanda.

Finalmente, como la demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en este proceso, no procede la condena en costas, esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A"**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Administrativo Oral de Bogotá, el diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciséis (2016), mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda. En su lugar, se **DECLARA** probada la excepción de prescripción extintiva del derecho correspondientes a los periodos del 1º de marzo de 1995 hasta el 3 de febrero de 1997, y desde el 12 de marzo de 1999 al 31 de marzo de 2003, inclusive, en los que la señora **MARÍA HELENA ÁLVAREZ CORREDOR** laboró en el servicio exterior del

Ministerio de Relaciones Exteriores, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

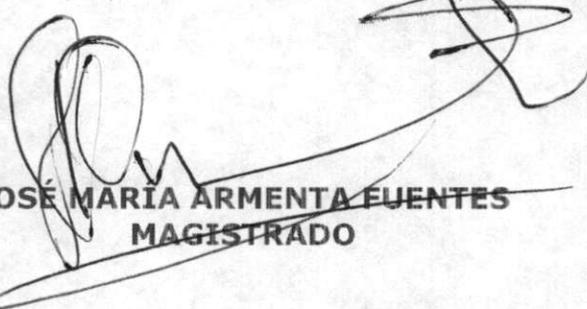
SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: No hay lugar a la condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría de la Sub Sección devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutido y aprobado como consta en actas.


JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES
MAGISTRADO


NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES
MAGISTRADO
Salvo parcialmente voto.


CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO
MAGISTRADA
con su voto.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”**

Bogotá, D.C., 24 de enero de 2019.

Magistrado ponente: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

Expediente No: 2013-00124-02
Demandante: María Helena Álvarez Corredor
Demandada: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Controversia: Reliquidación de cesantías.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de compartir la decisión de revocar la sentencia de primera instancia, de manera respetuosa me permito presentar las consideraciones por las cuales no comparto totalmente la decisión adoptada así:

Si bien es cierto, la posición mayoritaria de esta Sala es la de no condenar en costas, cuando no se verifique conducta dilatoria, temeraria o de mala fe de la parte vencida, para el presente caso la providencia debió condenarla expresamente en costas, advirtiendo que el suscrito Magistrado es de la posición de condena en costas frente a la parte vencida cuando la sentencia de segunda instancia revoca la del inferior, en los términos de los artículos 188 del CPACA y 365 numeral 4 del C. G. del P.

Por lo brevemente considerado, me aparto parcialmente de la decisión.


NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES
MAGISTRADO