

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA -SUBSECCIÓN "A"

AUDIENCIA INICIAL

Expedientes Nos: **1. 2013-5106**
2. 2013-4388

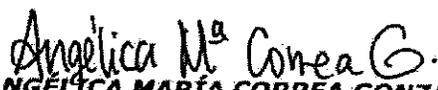
*En Bogotá D.C., a los veintitrés (23) días del mes de noviembre de dos mil dieciséis (2016), siendo las 10:30 a.m., la Magistrada Sustanciadora Dra. CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO, dio inicio y dirigió la audiencia inicial conjunta de los expedientes de la referencia. Se presentaron a la audiencia los apoderados de las partes; como apoderados de la parte actora los siguientes abogados: doctor ORLANDO ENRIQUE VÁSQUEZ VELÁSQUEZ quien se identifica con la C.C. No. 8.278.423 y portadora de la T.P. No. 15.559 del C.S. de la J. apoderado dentro del radicado 2013-5106. El doctor HUGO ARMANDO GAMBOA DELGADO identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.533.868 y portador de la T.P. No. 96.800 del C.S. de la J. la doctora ANGÉLICA MARÍA CORREA GONZÁLEZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.178.476 y portadora de la T.P. No. 203.729 del C.S. de la J. como apoderada de la entidad para los dos procesos; así como el Doctor FABRICIO PINZÓN BARRETO, asignado a este Despacho como Delegado del Ministerio Público mediante Resolución No. 722 de 3 de noviembre de 2016. La Magistrada Sustanciadora Dra. CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO, manifestó que no se advertían vicios que conllevaran al saneamiento del proceso, y seguidamente paso a resolver las excepciones previas propuestas por la entidad en el radicado 2013-5106. Frente a la denominada **"Falta de agotamiento de la vía gubernativa"** señaló que no tenía vocación de prosperar por cuanto no fueron notificados los actos administrativos de liquidación de las cesantías. Frente a la **"Caducidad y prescripción del derecho en cabeza del demandante para reclamar las reliquidación de sus cesantías y vacaciones compensadas las negó argumentando la falta de notificación de los actos administrativos de liquidación"**. La entidad presentó recursos de*

apelación respecto de la decisión tomada frente a las excepciones de caducidad y prescripción y los sustentó en la diligencia. Seguidamente corrió traslado de los recursos de apelación a la parte actora y al Agente del Ministerio Público. Una vez descrito el traslado la Magistrada señaló que resolvería lo atinente al recurso una vez resolviera la totalidad de las excepciones propuestas. Seguidamente resolvió la excepción de "Ineptitud de la demanda" frente a la cual se señaló que niega tal excepción, frente a lo cual la parte demandada no propuso recurso alguno. Finalmente concedió los recursos de apelación en el efecto suspensivo de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 243 del C.P.A.C.A. Respecto a las excepciones propuestas por la entidad en el radicado 2013-4388 se propusieron las siguientes excepciones: "Prescripción del derecho para reclamar la reliquidación de las cesantías por retiro del servicio por más de tres años, Prescripción del derecho por la declaratoria de nulidad de normas y Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho" las cuales negó argumentando que el acto administrativo de liquidación no fue notificado en debida forma y el actor no tenía por qué tener conocimiento de la fecha de ejecutoria de las sentencias de la Corte Constitucional lo que no permite que se configure los fenómenos jurídicos de prescripción y caducidad. Frente a las decisiones tomadas respecto de las excepciones denominadas Prescripción del derecho para reclamar la reliquidación de las cesantías por retiro del servicio por más de tres años y Prescripción del derecho por la declaratoria de nulidad de normas la parte demandada interpone recursos de apelación los cuales sustentó en los mismos términos del litigio anterior. Una vez descrito el traslado de los mismos la Magistrada concedió los recursos en el efecto suspensivo ante el Consejo de Estado de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 243 del C.P.A.C.A. En consecuencia dio por terminada la audiencia a la espera de la decisión que en derecho tome el Consejo de Estado. Se suscribe por quienes en ella intervinieron y se deja constancia que la audiencia terminó a las 11:53 a.m.

CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO
MAGISTRADA SUSTANCIADORA


ORLANDO ENRIQUE VÁSQUEZ VELÁSQUEZ
 Apoderada parte demandante Proceso No. 1


HUGO ARMANDO GAMBOA DELGADO
 Apoderado de la parte demandante proceso No. 2


ANGÉLICA MARÍA CORREA GONZÁLEZ
 Apoderada de la parte demandada procesos Nos. 1 y 2


FABRICIO PINZÓN BARRETO
 Ministerio Público

Hasta aquí el acta de la audiencia inicial en los procesos identificados con los radicados: 1. 2013-5106, 2. 2014-1208

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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-42-000-2013-05106-01 (0972-2017)
Demandante: ORLANDO ENRIQUE VÁSQUEZ VELÁSQUEZ
Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Temas: Apelación auto. Excepción caducidad y prescripción.

AUTO SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

Interlocutorio O-541-2019

ASUNTO

El Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto proferido en audiencia inicial el 23 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por el cual se declaró no probadas, entre otras, las excepciones de caducidad y prescripción.

ANTECEDENTES

Pretensiones¹:

El señor Orlando Enrique Vásquez Velásquez, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores con el fin de solicitar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Oficios DITH 81112 del 3 de diciembre de 2012 y DITH sin número del 1.º de marzo de 2013, que negaron la reconsideración de la liquidación y pago de las cesantías con base en lo realmente devengado en el servicio exterior.
- Resolución 120743 del 8 de mayo de 1991 que liquidó la cesantía definitiva.

A título de restablecimiento del derecho pidió: i) reliquidar y pagar las cesantías definitivas por el tiempo comprendido entre el 3 de marzo de 1990 al 3 de abril de 1991 en atención a la asignación devengada en dólares y con los factores de liquidación correspondientes, ii) reliquidar y pagar la cesantía anual con los intereses, sanción e indemnización procedentes, por el año 1990 como prestación legal por el servicio oficial cumplido en el exterior, en atención a la asignación devengada en dólares, iii) el reconocimiento y pago (periodo 3 de marzo de 1990 al 3 de abril de 1991) de las vacaciones definitivas compensadas, con base en la asignación devengada en dólares.

Excepciones propuestas²

¹ Folios 59 a 96.

² Folios 143 a 176.

Dentro del escrito de contestación de la demanda, se formularon, entre otras las siguientes excepciones:

- Caducidad: Señaló que el término de caducidad de los actos administrativos que liquidaron las cesantías al demandante entre los años 1990 y 1991, se puede empezar a contar a partir del 8 de noviembre de 2012, fecha de radicación de la petición, pues en atención a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al conocer y solicitar que le sean notificadas las cesantías, se entiende que el demandante subsanó las irregularidades que se presentaron en la notificación de los actos administrativos de liquidación y por lo tanto desde ese mismo momento, se entiende que este se notificó por conducta concluyente.

Argumentó que para el 28 de junio de 2013, fecha en que se solicitó la conciliación, ya habían transcurrido 6 meses y ante la conciliación fallida celebrada el 4 de septiembre de 2013 se reanudan los términos para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, de manera que para el 6 de septiembre de 2013, momento en que se incoó la pretensión de nulidad, ya habían transcurrido 9 meses, razón por la cual operó la caducidad, teniendo en cuenta que debe contarse únicamente 4 meses contados a partir de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto administrativo.

De otra parte, refirió que el Ministerio de Relaciones Exteriores afilió al demandante al Fondo Nacional del Ahorro y allí giró las cesantías correspondientes a los años que se impugnan, lo cual conlleva a deducir que se está ante una ejecución de los actos administrativos, con lo cual, el término de caducidad debió empezarse a contar desde el momento en que se hizo efectivo el pago respectivo, por lo tanto si se solicitó la cesantía entre los años 1990 y 1991, para septiembre de 2013 ya se había configurado la caducidad.

- «Prescripción del derecho en cabeza del demandante para reclamar la reliquidación de sus cesantías y vacaciones compensadas»: Indicó que el derecho a reclamar la reliquidación del auxilio de cesantía se hizo exigible a partir del año 2005 fecha de expedición de la sentencia de la Corte Constitucional, que evidenció la necesidad de reliquidar las cesantías de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores conforme al salario

realmente devengado, en consecuencia para el 8 de noviembre de 2012, momento en que el demandante solicitó la reliquidación, ya habían pasado más de 3 años a partir del momento en el cual su derecho se hizo exigible, es decir, desde la declaratoria de inexequibilidad del artículo 57 del Decreto 10 de 1992, que ocurrió con la sentencia C-535 de 2005.

Sustentó además que con fundamento en el artículo 141 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969, las acciones que emanen de los derechos consagrados en la norma en cita, entre ellas las cesantías y demás derechos laborales de los funcionarios del Estado, prescriben en 3 años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, por lo que la prescripción debe contarse a partir del momento de la desvinculación del funcionario de la entidad, y para el presente caso se tiene que el señor Orlando Enrique se desvinculó el 3 de abril de 1991, por lo tanto al momento de presentar la demanda sus derechos laborales se encontraban prescritos.

PROVIDENCIA IMPUGNADA³

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia de la magistrada Carmen Alicia Rengifo, a través de auto del 23 de noviembre de 2016, en audiencia inicial en la etapa de excepciones previas (art. 180-6 CPACA), declaró no probadas las excepciones de caducidad y prescripción.

El tribunal consideró frente a la excepción de caducidad lo siguiente:

«[...] que como la gente estaba vinculada fuera del país, cumplían empleos de carácter diplomático, obviamente fuera del país, existió una irregularidad en el sentido de que no le notificaron los correspondientes actos de liquidación y reconocimiento de cesantías, entonces en estos términos, como lo que aquí se demanda son actos administrativos generados por una petición que se hiciera posteriormente, no puede decirse que existe caducidad contando los términos de la ejecutoria de un acto administrativo que nunca existió, en ese sentido no resulta próspera la excepción propuesta.[...]»

³ Folios 331 y 333 y CD folio 334.

Además argumentó con respecto a la excepción de prescripción que:

«[...] al actor nunca se le notificaron ni se le dio oportunidad de recursos, si nunca le fue notificado las cesantías que anualmente se le reconocieron y liquidaron, entonces frente a esta falencia, frente a la falta de notificación de esos actos administrativos, considera este despacho que no se le puede exigir que conocieran de las mismas o que por lo menos tuviera una mediana idea de la manera en que se hizo, por cuanto nunca se le dio a conocer la manera y la forma en que le fueron reconocidas estas cesantías y por ello tampoco es relevante que los fallos de la Corte se dieron en los años 2004 y 2005, donde se declaró inexecutable la norma que mandaba a liquidar las cesantías conforme al personal de planta interna, y se recuerda que la liquidación se hace anual y ya luego cuando se paguen las definitivas, el actor si bien pudo conocer las definitivas nunca supo cómo se conformó ese quantum de las cesantías definitivas porque nunca supo cómo se liquidaron las cesantías de manera anualizada, es más, frente a eso se recuerda una sentencia que acaba de ser expedida por el Consejo de Estado, que dice que si la persona está vinculada puede todavía ir a años anteriores a reclamar sobre esas cesantías anualizadas, por lo que no prospera tampoco esta excepción. [...]»

RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior y precisó respecto a la caducidad que el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de oficio DITH 81112 del 3 de diciembre de 2012, negó la petición de reliquidación de cesantías del señor Orlando Enrique Vásquez Velásquez y sobre este acto administrativo con el cual se negó la mencionada reliquidación, se deben también contabilizar los términos de caducidad, en consecuencia, al haberse dado la respuesta el 3 de diciembre de 2012, la cual fue comunicada el 6 de diciembre de ese mismo año y, como el demandante convocó a la entidad a audiencia de conciliación extrajudicial el 28 de junio de 2013, luego de transcurridos 6 meses de emitida la comunicación, se encuentra configurada la caducidad.

⁴ Folio 333 y CD folio 334.

Refirió sobre la prescripción que esta se puede empezar a contabilizar en el caso concreto a partir de dos momentos a saber: el primero, desde la sentencia de la Corte Constitucional C-535 de 2005, porque desde su emisión surge el derecho a la reliquidación de cesantías y solo 8 años después el demandante la reclama; el segundo está referido a la desvinculación del demandante porque a partir de ahí se concreta el derecho a pedir cualquier reliquidación o pago, y como el demandante prestó sus servicios desde el 3 de marzo de 1990 hasta el 3 de abril de 1991, esta última fecha es la que se debe tener en cuenta para hacer cualquier reclamación frente al monto consignado.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido en audiencia inicial el 23 de noviembre de 2016.

Así mismo, este auto se profiere por la Sala de decisión en virtud a que, como se decidirá más adelante, constituye uno de los eventos previstos en el numeral 3 del artículo 243 del CPACA en concordancia con el artículo 125 del mismo código.

Problema Jurídico

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Operó el fenómeno de la caducidad respecto a los actos administrativos demandados, oficios DITH 81112 del 3 de diciembre de 2012 y DITH sin número de 1.º de marzo de 2013?
2. Como lo pretendido por el señor Orlando Enrique Vásquez Velásquez es la reliquidación de las cesantías y el reconocimiento de las vacaciones con

base en el salario realmente devengado en moneda extranjera, ¿operó el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho en el presente asunto?

Primer problema jurídico:

¿Operó el fenómeno de la caducidad respecto a los actos administrativos demandados, oficios DITH 81112 del 3 de diciembre de 2012 y DITH sin número de 1.º de marzo de 2013?

La subsección sostendrá la siguiente tesis: En atención a los actos administrativos frente a los cuales el señor Orlando Enrique Vásquez Velásquez pretende la nulidad y restablecimiento del derecho, se observa que frente al oficio DITH 81112 del 3 de diciembre de 2012 operó la caducidad, no así con el oficio DITH sin número de 1.º de marzo de 2013, tal como a continuación se expone:

Sobre la caducidad

La caducidad se refiere al término de orden público que posee el interesado para interponer las acciones que tenga a su alcance con el fin de buscar la protección de sus derechos, es decir, se predica del ejercicio del derecho de acción; su finalidad es precisamente racionalizar ese ejercicio, lo que impone al interesado la obligación de emplearla oportunamente, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y que se extinga la jurisdicción del juez de lo contencioso administrativo para estudiarlas⁵. Lo anterior se justifica en la necesidad de obtener seguridad jurídica⁶.

Ahora bien, tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 164 del CPACA, señala.

⁵ Ver sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 7 de octubre de 2010. Radicación: 25000-23-25-000-2004-05678-02 (2137-09).

⁶ Ver, entre otras, las sentencias de la Sección Segunda, Subsección B, de: 6 de octubre de 2011 (Expedientes 1130-2011 y 1135-2011) Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y de 26 de marzo de 2009. Expediente 1134-07 demandante: José Luis Acuña Henríquez. Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

« **Artículo 164.** Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

[...]

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

[...]

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales. [...]

En atención a los presupuestos fácticos y jurídicos del caso bajo examen, resulta oportuno señalar que el término de caducidad para la interposición del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no puede computarse a partir de los actos administrativos que liquidaron las cesantías frente a los años 1990 y 1991 reclamados por el demandante, como tampoco se puede acoger la tesis planteada por la entidad demandada referida a que se cuenta desde el momento en que se ejecutaron dichos actos, es decir, en que se hizo efectivo el pago; ello teniendo en cuenta que unos de los planteamientos que de manera reiterada se afirma en la demanda, es precisamente que al señor Vásquez Velásquez nunca le fueron notificados esos actos administrativos, como igualmente lo advirtió el tribunal al momento de resolver la excepción de caducidad.

Razón por la cual el estudio de este presupuesto procesal, debe estudiarse en el caso concreto a partir de los actos administrativos de los cuales se pretende su nulidad en esta demanda.

Ahora bien, tal como lo refiere el artículo atrás transcrito, los 4 meses para la presentación oportuna del medio de control se cuentan a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

En el asunto analizado, se observa que el oficio DITH 81112 del 3 de diciembre de 2012⁷, no le fue notificado personalmente al demandante y no se encuentra en el expediente prueba alguna que demuestre lo contrario, en consecuencia, para efectos del cómputo del término de caducidad se debe tener como punto de partida la notificación por conducta concluyente de ese acto administrativo.

Respecto a la notificación por conducta concluyente, tratándose de las actuaciones adelantadas en el trámite administrativo, el artículo 72 del CPACA, prevé:

« 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.» (subraya fuera de texto)

El artículo 301 del CGP, dentro del proceso judicial prescribe de la siguiente manera la notificación por conducta concluyente, norma que resulta ilustrativa para el tema que se estudia:

«Artículo 301. Notificación por conducta concluyente. La notificación por conducta concluyente surte los mismos efectos de la notificación personal. Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda registro de ello, se considerará notificada por conducta concluyente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la manifestación verbal.

Quien constituya apoderado judicial se entenderá notificado por conducta concluyente de todas las providencias que se hayan dictado en el respectivo proceso, inclusive del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo, el día en que se notifique el auto que le reconoce personería, a menos que la notificación se haya surtido con anterioridad. Cuando se hubiese reconocido personería antes de admitirse la demanda o de librarse el mandamiento ejecutivo, la parte será notificada por estado de tales providencias.

⁷ Folios 3 y 4.

Cuando se decreta la nulidad por indebida notificación de una providencia, esta se entenderá surtida por conducta concluyente el día en que se solicitó la nulidad, pero los términos de ejecutoria o traslado, según fuere el caso, solo empezarán a correr a partir del día siguiente al de la ejecutoria del auto que la decretó o de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.»

Para el caso bajo estudio, se tiene que en atención a los elementos probatorios que obran en el expediente, la notificación al señor Orlando Enrique Vásquez Velásquez por conducta concluyente del oficio DITH 81112 del 3 de diciembre de 2012, sería el momento en que radicó ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, lo que denominó «reconsideración sobre liquidación de cesantías de exfuncionario diplomático, y otra prestación» en donde expresamente reveló que conocía el acto administrativo al referir lo siguiente:

«[...] Acuso recibí de la respuesta (DITH N° 81112, fechada el 3 de diciembre último y suscrita por el señor Director de Talento Humano) [...]»⁸

En consecuencia, para determinar si la demanda en lo que concierne al oficio del 3 de diciembre de 2012 se presentó dentro del término oportuno para ello, se tendrá en cuenta la fecha de radicación del memorial que atrás se señaló, es decir, el 1.º de febrero de 2013⁹.

Contabilización del término de caducidad – según cada acto demandado

1. Oficio DITH 81112 del 3 de diciembre de 2012

- ✓ En atención a los presupuestos fácticos del presente asunto, el día en que se radicó la solicitud de «reconsideración», se entiende notificado el oficio, precisamente el 1.º de febrero de 2013¹⁰.

⁸ Folios 8 a 12.

⁹ Tal como se observa a folio 8 del expediente.

¹⁰ *Ibidem*.

- ✓ Los 4 meses que tenía como término oportuno para presentar la demanda se vencían el 2 de junio de 2013.
- ✓ La demanda se radicó el 6 de septiembre de 2013¹¹.
- ✓ La presentación del medio de control se hizo de forma extemporánea, sin que la solicitud de conciliación extrajudicial¹² haya tenido la virtualidad de suspender término alguno.

2. Oficio DITH sin número del 1.º de marzo de 2013

- ✓ En atención a la certificación de la empresa Servicios Postales Nacionales S.A., prueba allegada por la parte demandada visible a folio 320 de la actuación, el oficio fue recibido el 8 de marzo de 2013, por lo que se tendrá dicha fecha de comunicación del acto, como punto de partida.
- ✓ El término de caducidad empezó a contar a partir del día siguiente, es decir el 9 de marzo de 2013 por lo que el plazo máximo que en principio tenía el demandante para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo era el 9 de julio de 2013.
- ✓ Sin embargo, la parte demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 28 de junio de 2013¹³, la cual fue desarrollada en audiencia ante la Procuraduría 142 Judicial II para Asuntos Administrativos el 4 de septiembre de 2013¹⁴. (Es decir, cuando faltaban 11 días para el vencimiento del término de caducidad).
- ✓ El 4 de septiembre de 2013, se expidió la constancia de conciliación fallida por la imposibilidad de llegar a un acuerdo¹⁵.

¹¹ Folio 59 y 97.

¹² Toda vez que se radicó el 28 de junio de 2013 (folio 16) cuando ya había operado la caducidad.

¹³ Folio 16.

¹⁴ Folio 58.

¹⁵ Folios 56 y 57.

- ✓ En aplicación a lo regulado en el artículo 3 del Decreto 1716 de 14 de mayo de 2009¹⁶ la caducidad se suspendió desde el 28 de junio de 2013 inclusive y hasta el 4 de septiembre de 2013, por lo que el término vencía el día 16 de septiembre de 2013 (el día 15 de septiembre de 2013 se cumplían los 11 días que quedaban, pero como correspondió a un día domingo, se corre al siguiente día hábil).
- ✓ La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia se presentó el 6 de septiembre de 2013, según sello de recibido y acta individual de reparto visible a folios 59 y 97.
- ✓ De esta manera, los hechos antes referidos dan cuenta que la parte demandante presentó dentro de la oportunidad legal que consagra el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho del oficio DITH sin número del 1.º de marzo de 2013, pues debía radicarse a más tardar el día 16 de septiembre de 2013 y se hizo el 6 de septiembre de la misma anualidad.

En conclusión: El señor Orlando Enrique Vásquez Velásquez presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho frente al oficio DITH 81112 del 3 de diciembre de 2012 de forma extemporánea, razón por la cual operó el fenómeno de la caducidad del medio de control frente a este acto administrativo, no así con el oficio DITH sin número de 1.º de marzo de 2013. En consecuencia debió declararse probada parcialmente la excepción de caducidad propuesta por el Ministerio de Relaciones Exteriores, contrario a lo resuelto por el *a quo*.

Ahora bien, teniendo en cuenta que este presupuesto de la demanda, es decir la presentación oportuna del medio de control, ya se estudió, la subsección procederá a analizar la excepción que se propuso sobre el derecho que se reclama, la cual fue resuelta en la etapa de la audiencia inicial.

Segundo problema jurídico:

¹⁶ Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001.

Como lo pretendido por el señor Orlando Enrique Vásquez Velásquez es la reliquidación de las cesantías y el reconocimiento de las vacaciones con base en el salario realmente devengado en moneda extranjera, ¿opera el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho en el presente asunto?

La subsección adoptará la siguiente tesis: En atención a la postura que unificó la sección segunda, cuando la reclamación hace referencia a las cesantías definitivas, al encontrarse finalizada la relación laboral, aplica el término prescriptivo, igual fenómeno se presenta frente a las demás prestaciones sociales que reclama el demandante, como seguidamente se explica.

Sobre la prescripción

La prescripción extintiva del derecho es una sanción a la inactividad prolongada e injustificada del titular del derecho para efectuar su reclamación.

En materia laboral administrativa, la prescripción de derechos prestacionales de los empleados públicos está regulada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y complementariamente en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Así las cosas, se colige que una vez se hace exigible un derecho, el titular del mismo cuenta con un lapso de tres años para solicitarlo y, el simple reclamo escrito interrumpe dicho término prescriptivo por otro lapso igual.

La sección segunda de esta corporación en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016¹⁷ concluyó que las cesantías anualizadas son una prestación imprescriptible, mientras que las definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción. Veamos al respecto:

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda. Magistrado Ponente Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016. Radicación 080012331000201100628-01 (0528-14). Yesenia Esther Hererira Castillo.

«[...] Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.

[...]

No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor. [...]»
(Subraya fuera de texto).

Por lo tanto, la imprescriptibilidad de las cesantías anualizadas se predica mientras subsista la relación laboral, pues finalizada ésta, es decir, cuando se generan las definitivas, sí procede el fenómeno prescriptivo.

Puntualizado lo anterior y frente al caso concreto, se observa que según certificación que obra a folios 293 de la actuación, el señor Orlando Enrique Vásquez Velásquez laboró en el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 3 de marzo de 1990 hasta el 3 de abril de 1991, por lo que claramente se advierte que al haber finalizado su relación laboral con la entidad demandada la petición respecto de las cesantías está relacionada con la liquidación definitiva que de estas se hizo, de lo cual se logra así mismo concluir su carácter de prescriptibles en atención a la sentencia de unificación proferida por esta sección. En consecuencia las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

Colofón de lo expuesto, se debe concluir que la forma de interrumpir la prescripción de los asuntos laborales y para el caso específico el reclamo sobre las cesantías definitivas y vacaciones con base en el salario realmente devengado en moneda extranjera, es a través de la solicitud ante el empleador para el reconocimiento o pago de esa obligación, dentro de los tres años siguientes a que estas se hicieron exigibles.

En ese sentido, se hace evidente que el demandante tuvo 3 años para pedir su derecho a la reliquidación de cesantías definitivas y vacaciones contados desde el 3 de abril de 1991 y hasta el 3 de abril de 1994 y no lo hizo, por cuanto la reclamación solo se efectuó el 1.º de febrero de 2013¹⁸.

Finalmente, es preciso señalar, en atención a los argumentos expuestos por el recurrente en la apelación, que la discusión de la prescripción en el presente caso, no está referido a si el derecho reclamado por el demandante se hace exigible a partir de la expedición de la sentencia C-535 de 2005 de la Corte Constitucional, porque esta sentencia declaró la inexecutable del artículo 57 del Decreto Extraordinario 10 de 1992, norma que no le fue aplicada al demandante al momento de liquidar sus cesantías, porque como ya se indicó su vinculación con el Ministerio de Relaciones Exteriores fue en los años 1990 a 1991, fecha para cual no se encontraba vigente dicha norma y menos aún el Decreto 274 de 2000 del cual la sentencia C-292 de 2001 declaró inexecutable varios artículos.

En ese sentido, se concluye que las sentencias expedidas por la Corte Constitucional frente a las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, no tienen incidencia práctica en la prescripción del derecho que reclama el señor Vásquez Velásquez, pues se reitera, las normas allí estudiadas no se encontraban vigentes para el tiempo en que el demandante laboró al servicio de la entidad demandada.

Conclusión: Se demostró que operó la prescripción extintiva del derecho reclamado, razón por la cual debe declararse probado dicho medio exceptivo propuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores, contrario a lo resuelto por el *a quo*.

Decisión en segunda instancia

En atención a las consideraciones precedentes se revocará la providencia del 23 de noviembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cuanto declaró no probada la excepción de «prescripción del derecho en cabeza del

¹⁸ Folios 8 a 12.

demandante para reclamar la reliquidación de sus cesantías y vacaciones compensadas».

En su lugar, se declarará probada la misma y se dará por terminado el proceso.

De acuerdo con lo anterior, al haberse encontrado probado un medio de defensa que da por terminado el proceso, no se hará referencia a la excepción de caducidad en la parte resolutive de este providencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A,

RESUELVE

Primero: Revocar la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de noviembre de 2016 que declaró no probada la excepción de «prescripción del derecho en cabeza del demandante para reclamar la reliquidación de sus cesantías y vacaciones compensadas».

En su lugar, se declara probado dicho medio exceptivo y se da por terminado el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Orlando Enrique Vásquez Velásquez contra el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Segundo: Se reconoce personería a la abogada Paola Andrea Cerón Guerrero identificada con cédula de ciudadanía número 52.410.832 de Bogotá D.C. y tarjeta profesional 173.799 del Consejo Superior de la Judicatura, para que represente los intereses del Ministerio de Relaciones Exteriores, en atención a las facultades otorgadas en el poder conferido visible a folio 345.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

