



República de Colombia
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección 7
Magistrada Ponente: Dra. Patricia Salamanca Gallo

Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

Demandante: Jesús Aurelio Monroy Lozano
Demandado: Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores
Expediente: 110013335014-2015-00177-01
Medio: Nulidad y restablecimiento del derecho

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 204s), contra la sentencia proferida el 31 de mayo de 2017 por el Juzgado Catorce Administrativo de Bogotá (fls. 192s), a través de la cual se declaró probada la excepción de prescripción extintiva respecto de las pretensiones de la demanda de reliquidación de cesantías.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Jesús Aurelio Monroy Lozano, a través de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad del Oficio S-DITH-13-048111 de 29 de noviembre de 2013, por medio del cual el Ministerio de Relaciones Exteriores negó una solicitud de reliquidación de cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la Entidad demandada a la reliquidación de las cesantías causadas del año 1987 a 1990, al pago de intereses moratorios y daños morales y que se ordene el cumplimiento de la sentencia de conformidad con el artículo 192 del CPACA.

2. Hechos

Indica que el demandante trabajó para en el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 17 de julio de 1987 hasta el 9 de diciembre de 1990, desempeñando el cargo de Consejero, Grado Ocupacional 4EX (empleado de servicio exterior), en la Embajada de Colombia en Venezuela; y que durante este período, el pago de su salario fue en dólares.

Refiere que sus prestaciones sociales, incluidas las cesantías, se liquidaron tomando el salario devengado en un cargo equivalente de un empleado de servicio interno, que era inferior al realmente devengado para los empleados de servicio exterior.

Manifiesta que al demandante nunca le notificaron los actos administrativos de liquidación y traslados de cesantías al Fondo Nacional del Ahorro.

Señala que el 8 de noviembre de 2013 solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores la reliquidación y pago de sus cesantías; petición que fue negada a través del acto administrativo acusado.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estima como violados los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 25, 29, 48, 53, 83, 95 y 2019 de la Constitución Política; artículo 17, literal a), de la Ley 6ª de 1945; 22, 25, 27, 28, 30, 31 y 32 del Decreto 3118 de 1968; 44, 45, 47, 48 y 76 del Decreto – Ley 01 de 1984; 21 del Decreto 2067 de 1991; 21 de Ley 100 de 1993; así como el 3 y 4 de la Ley 1437 de 2011.

Aduce que el artículo 30 del Decreto 3118 de 1969 establece el deber de las Autoridades de notificar los actos de liquidación de las cesantías y de informar los recursos legalmente procedentes; afirma que al demandante nunca le notificaron dichos actos de liquidación de cesantías, por lo tanto, ante esta irregularidad que compromete la eficacia de los actos, el demandante podía solicitar la reliquidación de las cesantías en cualquier momento, sin que haya operado el fenómeno de prescripción.

Indica que la Entidad liquidó las cesantías del demandante, con base en lo dispuesto en la Ley 41 de 1979, el Decreto 10 de 1992 y el Decreto 274 de 2000, en los que de manera especial se disponía que para los funcionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, sus prestaciones se liquidaban con base en las asignación del personal interno. Alega que esta equivalencia vulnera derechos fundamentales, por cuanto las prestaciones sociales se deben liquidar con base en lo realmente devengado.

Señaló que el artículo 66 del Decreto 274 de 2000 estableció la liquidación de las prestaciones sociales para aquellos funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular, las cuales se liquidarán y pagarán con base en la asignación básica mensual que le corresponden a la planta interna, no obstante dicho texto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-292 del 16 de marzo de 2001, por lo tanto no es aplicable al actor.

Refiere que la Corte Constitucional, en sentencias C-173 de 2004 y C-535 de 2005 declaró inexecutable las normas que establecían la equivalencia de los funcionarios de servicios exterior, a los del servicio interior, en lo relacionado con el monto de las liquidaciones de prestaciones sociales, porque las prestaciones se deben calcular con base en lo realmente devengado por cada trabajador, so pena de comportar un trato discriminatorio.

Teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional, expone que la Entidad liquidó las cesantías del demandante con base en unas normas inconstitucionales. Indica que el Decreto 2067 de 1991 determina que las sentencias de la Corte Constitucional tienen valor de cosa juzgada y son de obligatorio cumplimiento para las autoridades.

Arguye que el auxilio de cesantía es una prestación que está regulada de manera especial en las Leyes 6 de 1945 y 65 de 1946 y en los Decretos 1160 de 1947 y 3118 de 1968, en los cuales no se previó un término prescriptivo para reclamarlas, es decir que se pueden reclamar en cualquier tiempo. Agrega que no es viable aplicar por analogía otras normas que establecen prescripción para otros derechos laborales.

4. Contestación de la demanda

El apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores contestó la demanda en los siguientes términos (fls. 101):

Expone que la Entidad liquidó las cesantías de conformidad con las disposiciones legales vigentes para aquella época (Decretos 10 de 1992 y 274 de 2000), las cuales gozaban de presunción de legalidad, por lo tanto, el pago se efectuó con base en la asignación mensual correspondiente al cargo equivalente en la planta interna.

Refiere que la Corte Constitucional, en las sentencias C-173 y C-535 de 2005, declaró inexecutable las normas que fijaban la equivalencia, pero en ningún momento fijó efectos retroactivos, por consiguiente, dichas providencias solo tienen efecto hacia futuro, según lo establece el artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

Agrega que solo a partir del Decreto 4414 de 2004, el Gobierno Nacional modificó la manera como se liquidan las cesantías del personal de la planta externa.

Arguye que se configuró la prescripción trienal, porque transcurrieron más de 3 años desde que se profirió la sentencia de inexecutable C-535 de 2005, hasta cuando se presentó la reclamación administrativa.

5. Sentencia recurrida

El Juzgado Catorce Administrativo de Bogotá en sentencia proferida el 31 de mayo de 2017 (fls. 142), declaró probada la excepción de prescripción, por las siguientes razones:

El *a quo* refiere que la tesis jurisprudencial actual del Consejo de Estado, es que las cesantías anualizadas y retroactivas son derechos prescriptibles en los términos del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Estima que las consideraciones de la sentencia C-535 de 2015, por medio de la cual se declaró inexecutable la equivalencia de los funcionarios del servicio exterior, son aplicables a situaciones consolidadas con anterioridad a la expedición de esa providencia, siempre que la reclamación administrativa se haya presentado en tiempo.

Sostiene que, al margen de que haya existido una indebida notificación de los actos de liquidación de las cesantías, la posición actual del Consejo de Estado es que *“(...) en tratándose de prestaciones unitarias, el paso del tiempo sin que se ejerzan las acciones desde cuando se hicieron exigibles conlleva a que se configure el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho, por tanto, una vez el trabajador o servidor público finaliza su relación laboral o su vínculo legal y reglamentario, cuenta con 3 años para hacer exigible sus acreencias laborales, término que corrió a partir del día siguiente de la desvinculación del servicio (...)”* (fl. 196).

Refiere que el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió y notificó al demandante el día 16 de abril de 1998, una certificación de los valores anuales que fueron trasladados al Fondo Nacional del Ahorro por concepto de cesantías, por lo tanto, es a partir de ese momento que el demandante conoció el valor de las cesantías y empezó a correr el término de prescripción de 3 años.

Concluye que operó el fenómeno prescriptivo por cuanto transcurrieron más de 3 años contados desde el 16 de abril de 1998 hasta la fecha de la presentación de la reclamación administrativa (8 de noviembre de 2013).

6. Recurso de apelación

Inconforme con la sentencia, la parte actora presentó recurso de apelación con base en los siguientes fundamentos (fls. 204):

Aduce que el Ministerio no le notificó los actos administrativos de liquidación de las cesantías, hecho que viola el derecho de defensa y excluye la posibilidad de que operara la prescripción del derecho.

Sustenta que el derecho de auxilio de cesantías es, por su naturaleza, imprescriptible, toda vez que las normas especiales que la regulan no prevén un término prescriptivo.

Afirma que las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional tienen efecto *erga omnes* y son de obligatorio cumplimiento para las Autoridades, por lo tanto, el Ministerio debió proceder a reliquidar las cesantías del demandante, en consonancia con las sentencias de la Corte.

7. Trámite en segunda instancia

Recibido el expediente proveniente del Juzgado Catorce Administrativo de Bogotá y previa sustentación del recurso, se admitió el mismo (fls. 256) y se ordenó notificar al Ministerio Público en forma personal.

Corrido el traslado para alegar (fls. 259) el Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto y la parte demandante guardó silencio; la entidad demandada presentó sus alegatos, en los siguientes términos:

Reitera que liquidó las cesantías del demandante de conformidad con la normatividad vigente y aplicable para aquella época; agrega que se configuró prescripción trienal comoquiera que trascurrieron más de 3 años contados desde la terminación del vínculo laboral, o desde que se profirió la sentencia C-535 de 2015 que declaró inexecutable la norma que regulaba la liquidación de los funcionarios del servicio exterior, hasta la fecha en que se radicó la reclamación administrativa (fls. 261s).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite de segunda instancia y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a adoptar la decisión que en derecho corresponda así:

1. Problema jurídico

Visto el recurso de apelación, el problema jurídico se contrae a determinar, **conforme lo señala la parte demandante:** i) cuáles son los

efectos en el tiempo de las sentencias C-173 de 2004 y C-535 de 2005 y si la entidad tiene el deber de reliquidar las cesantías aun cuando se causaron con anterioridad a la expedición de dichas providencias de inconstitucionalidad; **ii)** si la prestación de auxilio de cesantías en un derecho imprescriptible; y **iii)** según el caso, desde qué momento de debe contar el término de prescripción y si se configuró este fenómeno en este caso en concreto.

Encuentra la Sala que los argumentos de apelación, imponen analizar el régimen especial de liquidación de cesantías de los funcionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores.

2. Régimen especial de liquidación de cesantías del personal de la Planta Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores

El artículo 3 del Decreto 274 de 2000, *“Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”*, preceptúa que el *“(…) Servicio Exterior es la actividad administrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en desarrollo de la política exterior de Colombia, dentro o fuera del territorio de la República, con el fin de representar los intereses del Estado y de proteger y asistir a sus nacionales en el exterior (…)”*.

La Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que *“(…) el Servicio Exterior comporta una naturaleza especial pues tiene unas condiciones y connotaciones particulares inherentes a las necesidades propias de las relaciones del Estado con las demás Naciones que, además, por las características pluriétnicas y multiculturales, requiere de personal altamente calificado en las materias relativas a la política exterior de la República. Ello justifica la existencia de un Régimen Especial de la Carrera Diplomática, que actualmente se encuentra regulado por el mencionado Decreto (…)”¹ (Resalta la Sala).*

En virtud de la especialidad que representa el personal del servicio exterior, el ordenamiento jurídico contiene unas normas particulares referentes a la forma de liquidación de las prestaciones sociales, así:

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 3 de mayo de 2018, radicación número: 25000-23-25-000-2012-00956-01(1658-16), actor: Carlos Mauricio González Arévalo.

- El artículo 76 del Decreto 2016 de 17 de julio de 1968, “Estatuto Orgánico del Servicio Diplomático y Consular”, vigente para la época de la prestación del servicio (1987 a 1990), preceptuaba:

“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”* (Resalta la Sala).

- El artículo 2 de la Ley 41 de 11 de diciembre de 1975, “por la cual se modifica el Decreto Ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones”, señalaba:

“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”* (Resalta la Sala).

- Con posterioridad al retiro del servicio del demandante, las disposiciones normativas citadas fueron reiteradas en el artículo 57 del Decreto 10 de 1992, que contiene el Estatuto Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, en los siguientes términos:

“(…) 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 (…)” (Resalta la Sala).

- De igual manera, la Ley 797 de 2003 establecía:

“Artículo 7o. *El artículo 20 de la Ley 100 de 1993 quedará así: (…)*

Parágrafo 1o. *<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Para efectos del cálculo del ingreso base de cotización de los funcionarios que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, se tomará como base la asignación básica mensual y los factores salariales establecidos en las normas vigentes para los cargos equivalentes de la planta interna. En todo caso, el ingreso base de liquidación de estos servidores también será el establecido en las normas vigentes para los cargos equivalentes en la planta interna, teniendo en cuenta los toques de pensión que sean aplicables.”*

De conformidad con las normas transcritas se tiene que el ordenamiento jurídico vigente para la época de prestación del servicio del demandante, incluso con posterioridad, establecía una equivalencia consistente en que las

prestaciones del personal de la planta exterior se liquidaban con las asignación del personal interno, no obstante que aquellos podrían devengar en realidad una asignación mayor.

La Corte Constitucional en sentencias C-173 de 2004 y C-535 de 2005, declaró inexecutable las normas que establecían dicha equivalencia, contenidas en las Ley 797 de 2003 y en el Decreto –Ley 10 de 1992, respectivamente, en consideración a que las prestaciones sociales se deben liquidar con lo realmente devengado, porque de lo contrario, se configuraría un trato discriminatorio para el personal de la planta exterior que devenga una asignación superior. En síntesis, la máxima Autoridad Constitucional determinó:

“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 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. (...)

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 (...)” (Resalta la Sala).

En síntesis, se observa que el ordenamiento jurídico vigente para la fecha de la prestación del servicio del demandante, establecía una equivalencia para la liquidación de prestaciones sociales del personal de la planta exterior, disposiciones normativas estas que con posterioridad al retiro

del servicio, fueron declaradas inexecutable; se hace hincapié en que la Corte Constitucional no le dio efectos retroactivos a sus providencias, por lo tanto, por virtud del artículo 47 de la Ley 270 de 1996², las declaraciones de inconstitucionalidad de la Corte solo tiene efectos hacia futuro y no afectan las relaciones jurídicas consolidadas y extinguidas con anterioridad.

3. Prescripción de las cesantías

Respecto a la prescripción trienal de carácter laboral, el artículo 41 del Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968, establece:

“Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

A su turno, el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, señala:

“Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

El artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, indica:

“Artículo 151. 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 {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual”.

² *“Artículo 45. Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.*

Contrario a los alegatos expuestos por la parte demandante, la Sección Segunda del Consejo de Estado, ha determinado que la prestación de auxilio de cesantías sí es un derecho prescriptible, por las siguientes razones:

“(...) Por lo visto, el término prescriptivo ha de contabilizarse a partir del momento en que el derecho se hace exigible, de lo cual se puede colegir que respecto de la liquidación de las cesantías, aquel debe contarse desde la notificación de su acto liquidatorio durante la vinculación laboral; sin embargo, si la Administración omitió su debida notificación, dicho fenómeno no será oponible al interesado, en la medida en que no tuvo la oportunidad de conocer el monto de sus cesantías y controvertirlo.

*De ahí que “resulta oportuno precisar que comoquiera que las cesantías se causan de manera anual e igual suerte corre su exigibilidad, siempre que los respectivos actos administrativos de liquidación sean notificados al trabajador durante su vinculación laboral, en caso de que estos no se hayan dado a conocer al interesado tampoco hay cabida para la prescripción trienal, **empero si el servidor con motivo del retiro de sus cesantías (con ocasión de la desvinculación del servicio) se entera del valor de estas, desde ahí habrá de contabilizarse el término prescriptivo, puesto que es la oportunidad a partir de la cual podrá reclamar su reajuste**” (Resalta la Sala).*

Según esta posición jurisprudencial, las cesantías son un derecho prescriptible que debe ser reclamado oportunamente; además, para efectos de contar el términos de 3 años, la jurisprudencia indica que se debe contar a partir del momento en que se notifica el acto administrativo de liquidación o, en caso de una indebida notificación, a partir de que el interesado tenga conocimiento del valor de las cesantías con ocasión al retiro del servicio.

4. Análisis del material probatorio

En el caso *sub examine*, de conformidad con el material probatorio incorporado al expediente, se tienen acreditados los siguientes hechos:

- El señor Jesús Aurelio Monroy Lozano laboró para el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 17 de julio de 1987 al 9 de diciembre de 1990, desempeñando el cargo de Consejero, Grado Ocupacional 4 EX, de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Venezuela, que hace parte de la planta externa del Ministerio (fl. 10).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia de 30 de noviembre de 2017, exp.: 25000-23-42-000-2012-00921-01 (2438-2014), demandante: Gloria Alicia Páez Herrera.

- Liquidación de cesantías del año 1987, sin constancia de notificación (fls. 125).

- - Liquidación de cesantías del año 1988 a 1989, con constancia de notificación pero sin especificar la fecha (fls. 126s).

- Solicitud de liquidación de cesantías definitivas por retiro del servicio, radicada el 17 de marzo de 1998 (fl. 129).

- Liquidación de cesantías definitivas por retiro del servicio, expedida el 16 de abril de 1998, en la que se autoriza al Fondo Nacional del Ahorro para pagar las cesantías previamente consignadas. El documento cuenta con constancia de notificación personal del demandante, pero no se especifica la fecha de notificación (fl. 130).

- Certificación expedida por el Fondo Nacional del Ahorro, en la que consta que por solicitud del demandante, el día **27 de abril de 1998** se abonó el valor sus cesantías por un valor total de \$1.477.004 a un crédito hipotecario que tenía en la misma entidad.

- El demandante, a través de apoderado, solicitó al Ministerio el **8 de noviembre de 2013**, la reliquidación de sus cesantías del año 1987 a 1990 (fl. 11).

- En respuesta, el Ministerio informó que no era viable acceder a la petición porque las cesantías se liquidaron con base en la normatividad vigente para aquella época (Decreto 2016 de 1968) y que la sentencia C-535 de 2005 no tiene efectos retroactivos (fls. 8s).

- Según la certificación GNPS-1925F expedida por la Coordinadora Grupo de Nóminas y Prestaciones del Ministerio, al demandante se le liquidaron sus cesantías con destino al Fondo Nacional del Ahorro, de conformidad con el artículo 76 del Decreto Ley 2016 de 1968, esto es: tomando como base el sueldo del cargo equivalente en la planta interna (fl. 8).

5. Caso concreto

5.1. El derecho a la reliquidación de cesantías

Del análisis del material probatorio, se encuentra acreditado que al demandante se le liquidaron sus cesantías de conformidad con el Decreto - Ley 2016 de 1968, esto es: tomando como base el sueldo del cargo equivalente en la planta interna.

Sobre este punto, la Sala considera que el demandante tiene derecho a que sus cesantías se liquiden con la asignación que realmente devengó en aplicación de los principios de primacía de la realidad frente a las formas y de favorabilidad; si bien es cierto, como lo afirma el Ministerio, la prestación se liquidó de conformidad en lo dispuesto en la ley vigente para aquella época, es pertinente aplicar en este caso la excepción de inconstitucionalidad toda vez que calcular las prestaciones sociales con base en una asignación mensual inferior a la realmente devengada el demandante, comporta una vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y a la igualdad. En esos mismos términos se pronunció la Sección Segunda del Consejo de Estado, con las siguientes conclusiones:

“(...) 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 (...)”⁴ (Resalta la Sala).

Es importante aclarar que las sentencias de constitucionalidad C-173 de 2004 y C-535 de 2005, por medio de las cuales se declararon inexecutable las normas que establecían la equivalencia de liquidación de prestaciones

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 24 de mayo de 2007, radicado interno No. 2616-04.

del personal exterior e interior, tienen efectos hacia futuro por virtud artículo 45 de la Ley 270 de 1996⁵. No obstante, la razón por la que se concluye que el demandante tiene derecho a la reliquidación de sus cesantías, no es por la aplicación retroactiva de estas providencias, sino que, por el contrario, obedece a la excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual es imperioso inaplicar una norma que en un caso concreto resulte violatoria de la Constitución Política y de los derechos fundamentales; es decir, que a partir de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 2016 de 1968 y de la Ley 41 de 1975, nace el derecho a la reliquidación solicitada.

En suma, en principio correspondería declarar la nulidad del acto acusado en la medida en que el demandante tiene derecho a que se reliquiden sus cesantías como funcionario que prestaba sus servicios en el exterior (con base en el salario realmente devengado y no con base en una equivalencia). No obstante, en el presente asunto se configuró el fenómeno de prescripción extintiva, circunstancia que impide el reconocimiento del derecho reclamado, por las razones que pasan a exponerse.

5.2. Excepción de prescripción

Tal como se esbozó en las consideraciones generales de esta providencia, el derecho de auxilio de cesantías es un derecho prescriptible, en consecuencia, la Sala procede a verificar si se configuró dicho fenómeno en este caso concreto.

Previamente, es del caso mencionar que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en recientes pronunciamientos, analizó la manera cómo se debe contar el término de prescripción en unos casos con idénticos supuestos fácticos y jurídicos al caso que nos ocupa, en los siguientes términos:

“(...) De acuerdo con el anterior extracto, la accionante el 26 de febrero de 2007, después de haberse desvinculado del Ministerio de Relaciones Exteriores

⁵ **“Artículo 45. Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad.** Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

(9 de febrero del mismo año), realizó un abono a crédito hipotecario por valor de \$12.447.021, que había contraído con el Fondo Nacional del Ahorro (\$61.685.434), según el estado de cuenta, de 28 de junio de 2013 (fls. 166-168), el 16 de diciembre de 2005, o sea, que luego de su retiro tenía conocimiento del monto de sus cesantías definitivas. (...)

En este orden de ideas, al haberse producido el retiro de la accionante, el 9 de febrero de 2007, el acto de liquidación de sus cesantías definitivas se le debió notificar para que pudiera conocer su contenido completo e interpusiera, si era del caso, los recursos de ley; sin embargo, conforme al material probatorio recaudado dicha notificación no se llevó a cabo. De ahí surge la cuestión para determinar desde qué momento se realiza el cómputo de los términos procesales, con el fin de establecer la caducidad de la acción y la prescripción del derecho. (...)

Por lo visto, el término prescriptivo ha de contabilizarse a partir del momento en que el derecho se hace exigible, de lo cual se puede colegir que respecto de la liquidación de las cesantías, aquel debe contarse desde la notificación de su acto liquidatorio durante la vinculación laboral; sin embargo, si la Administración omitió su debida notificación, dicho fenómeno no será oponible al interesado, en la medida en que no tuvo la oportunidad de conocer el monto de sus cesantías y controvertirlo.

*De ahí que “resulta oportuno precisar que comoquiera que las cesantías se causan de manera anual e igual suerte corre su exigibilidad, siempre que los respectivos actos administrativos de liquidación sean notificados al trabajador durante su vinculación laboral, en caso de que estos no se hayan dado a conocer al interesado tampoco hay cabida para la prescripción trienal, **empero si el servidor con motivo del retiro de sus cesantías (con ocasión de la desvinculación del servicio) se enteró del valor de estas, desde ahí habrá de contabilizarse el término prescriptivo, puesto que es la oportunidad a partir de la cual podrá reclamar su reajuste. (...)***

Sobre esto último, aunque en el proceso no aparece probada la notificación de las cesantías definitivas (después de la desvinculación de la actora del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 9 de febrero de 2007), sin que se le hubiere dado la oportunidad de impugnar la liquidación respectiva, se infiere de la lectura del extracto individual de sus cesantías definitivas que ella se enteró del monto, pues efectuó el 26 de los mismos mes y año un abono a su crédito hipotecario por valor de \$12.447.021 (fl. 164), o sea, que esto indica de manera palmaria e inequívoca que convino en ella.

Una vez enterada de ello, la actora debió presentar, dentro de los tres años siguientes, a partir del 26 de Febrero de 2007, la respectiva reclamación ante la Administración y luego, si era del caso, acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, pero no hacerlo el 29 de agosto de 2011 cuando su derecho ya había prescrito, conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 (...)⁶” (Resalta la Sala).

En otra oportunidad, el Alto Tribunal se pronunció en otro sentido respecto del momento en el que empieza a cortar el término prescriptivo, con las siguientes consideraciones:

*“(...) Debe señalar la Sala que en lo atinente al fenómeno de la prescripción, tal como lo sostuvo el tribunal de instancia, **el vínculo del actor con el MRE, cesó el 31 de mayo de 1989, tal como se refleja en el certificado suscrito por la Coordinadora de Nómina y Prestaciones del MRE de 10 de marzo de 2014, y***

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia de 30 de noviembre de 2017, exp.: 2012-00921 (2438-2014).

solo hasta el 10 de octubre de 2011, presentó petición, lo que refleja que trascurrieron con creces más 3 años, según lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. (...)

De esta manera, es claro e inequívoco que producido el retiro del servicio, la prestaciones sociales definitivas deben controvertirse o pedirse su reliquidación dentro del término de los tres años siguientes, pues a partir de allí son exigibles, de modo que el paso del tiempo en exceso, insoslayablemente conlleva a su extinción por cuenta de la prescripción. (...)

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 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 definitivo por retiro del servicio (...)” (Resalta la Sala).

De conformidad con la jurisprudencia citada, es claro que al demandante se le debió notificar los actos administrativos de liquidación de cesantías, que posteriormente fueron consignadas al Fondo Nacional del Ahorro; pero, el hecho de que no se hayan notificado no significa, *per se*, que se pueda demandar la reliquidación en cualquier momento, pues al momento del retiro del servicio, el interesado puede solicitar la liquidación definitiva de las cesantías, momento a partir del cual puede conocer y controvertir administrativamente y judicialmente el valor de las mismas, máxime cuando se solicita al Fondo Nacional del Ahorro el retiro de las cesantías o se solicita el abono a un crédito hipotecario.

En ese contexto jurisprudencial, en el caso *sub examine* se tiene que la liquidación de cesantías del año 1987 (fl. 125) no tiene constancia de notificación y las constancias del año 1988 a 1990 (fl. 126s) tiene la firma del demandante como constancia de notificación, pero sin especificar la fecha; razón por la cual, no es posible contar el término de prescripción desde ese momento.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 3 de mayo de 2018, radicación número: 25000-23-25-000-2012-00956-01(1658-16), actor: Carlos Mauricio González Arévalo.

Adicionalmente se observa que el demandante solicitó al Ministerio el 17 de marzo de 1998 (fl. 129) la liquidación definitiva de cesantías; en respuesta, la Entidad procedió a liquidarlas el 16 de abril de 1998 (fl. 130), respecto del período laborado del 17 de julio de 1987 al 09 de diciembre de 1990; en el documento se evidencia la firma del demandante pero no la fecha de notificación. Contrario a las conclusiones del *a quo*, el 16 de abril de 1998 hace referencia a la fecha en que se expidió la liquidación de las cesantías definitivas, más no la fecha de notificación del acto, por ende, no es dable contar el término de prescripción desde ese momento, porque aunque es claro que el demandante conoció de las liquidaciones anuales y la definitiva, no se tiene certeza de la fecha exacta de notificación.

No obstante lo anterior, está demostrado que el demandante solicitó al Fondo Nacional del Ahorro el abono de sus cesantías a un crédito hipotecario que tenía con dicha entidad y para tales efectos, aportó la respectiva liquidación definitiva de cesantías que previamente le había expedido el Ministerio de Relaciones Exteriores. En la certificación del Fondo Nacional del Ahorro y en los respectivos extractos (fls. 167s) se observa el **27 de abril de 1998** se realizó el abono de las cesantías al crédito hipotecario.

En ese orden de ideas, se concluye que el demandante sí tuvo conocimiento de los actos de liquidación de cesantías anuales y la definitiva y que en el mejor de los casos, se enteró de su contenido y los valores el 27 de abril de 1998, pues es indefectible que para la fecha en que se realizó la transacción con destino al crédito hipotecario, el demandante tenía pleno conocimiento del acto de liquidación definitiva comoquiera que previamente lo aportó al Fondo Nacional del Ahorro para tales propósitos.

Así las cosas, se estima que en el mejor de los casos, el demandante tuvo la oportunidad de solicitar y demandar la reliquidación de sus cesantías el 27 de abril de 1998, sin embargo, presentó la reclamación administrativa el 8 de noviembre de 2013 (fl. 11) cuando ya se había superado de sobremanera el término prescriptivo, pues **trascurrieron más de 15 años**.

En suma, se impone confirmar el fallo de primera instancia que declaró probada la excepción de prescripción extintiva, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

4. Costas

En relación con la condena en costas, la Sala advierte que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.”

La condena en costas fue consagrada como una forma de sancionar a la parte que resulta vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; y consiste en el reconocimiento a favor de la parte contraria de los gastos en que incurrió para impulsar el proceso (expensas) y de los honorarios de abogado (agencias en derecho).

A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala advierte que en sentencia del 22 de febrero de 2018, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado recoge las posiciones anteriores adoptadas por las Subsecciones A y B de esa Corporación y señala que para determinar las costas se debe adoptar un criterio objetivo valorativo, pues el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) impone al juez la facultad de disponer sobre la condena respecto de éstas, *“...lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.”*⁸.

⁸ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. 22 de febrero de 2018, Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17), Actor: Jorge Enrique Gamboa Salazar, Demandado: Fiscalía General de la Nación.

En el caso de autos, igual que sucedió en el analizado por el Consejo de Estado, no se advirtió el cumplimiento de los presupuestos establecidos en la norma que implique la imposición de costas en esta instancia, por ello no procede esta condena, pues no obra prueba alguna que evidencie la causación de expensas que justifiquen su imposición a las partes quienes hicieron uso mesurado de su derecho al acceso a la administración de justicia, así como al derecho de réplica y contradicción.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia proferida el 31 de mayo de 2017 por el Juzgado Catorce Administrativo de Bogotá, por medio de la cual se declaró probada la excepción de prescripción extintiva.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia, por Secretaría **ENVÍESE** el proceso al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada


BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada


LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado

ACLARO VOTO

MAY 27 19 PM 2:13



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "F"**

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado: Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

REFERENCIAS:

RADICACIÓN:	11001-33-35-014-2015-00177-01
DEMANDANTE:	JESÚS AURELIO MONROY LOZANO
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar el voto en esta oportunidad, de acuerdo con las consideraciones que suceden.

El señor **Jesús Aurelio Monroy Lozano** promovió contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, en el que pretendió la nulidad del Oficio núm. 48111 de 29 de noviembre de 2013, mediante el cual dicha entidad negó la reliquidación de sus cesantías definitivas, causadas por el lapso comprendido entre el 17 de julio de 1987 y el 9 de diciembre de 1990, bajo el régimen de retroactividad.

A través de sentencia calendada 8 de febrero de 2019 (fs. 274-283), la Sala dispuso confirmar el fallo de primera instancia, en cuanto dispuso declarar probada la excepción de prescripción extintiva y negar las pretensiones de la demanda.

Así, luego de efectuar la valoración normativa y jurisprudencial que corresponde, debo advertir que aunque me encuentro de acuerdo con la resolutive, en la presente oportunidad debo aclarar mi voto, como quiera que no comparto la motivación de la providencia, en tanto, basándose en la interpretación efectuada por la Corte Constitucional en sentencias C-173 de 2004 y C-535 de 2005, asume procedente aplicar la excepción por inconstitucionalidad del Decreto 2016 de 1968 y de la Ley 41 de 1975 para efectos de reliquidar el auxilio de cesantías del personal del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, incluso, respecto de situaciones consolidadas antes de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991.

Las razones de mi disenso pueden resumirse de la siguiente manera:

A. Las normas contenidas en el Decreto 2016 de 1968 y de la Ley 41 de 1975, relativas a liquidación de cesantías del personal del Servicio Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores,

permanecieron vigentes hasta el 17 de julio de 1992, día en que fueron subrogados por la Ley 10 de 1992, sin que hubieran sido objeto de declaratoria alguna de inexecutable por la extinta Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia o por la Corte Constitucional, según hubiera correspondido en el tiempo.

- B. A través de las sentencias C-173 de 2004 y C-535 de 2005, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de las normas contenidas en la Ley 10 de 1992 y el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, respectivamente, en cuanto establecían una equivalencia del personal del Servicio Exterior con cargos de planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores para efectos de liquidar el auxilio de cesantía.

En esas oportunidades, la Corte Constitucional no dispuso modulación alguna de los efectos de los citados fallos, razón por la cual, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, dichas sentencias tienen efecto a futuro, y no pueden ser aplicadas de manera retroactiva.

- C. A partir de la anterior observación, se destaca que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad para proveer sobre situaciones acaecidas durante la vigencia de las normas declaradas inexecutables, bajo la teoría que, ante la inexecutable de una norma, esta debe inaplicarse por el tiempo que estuvo vigente para evitar la existencia de situaciones que son inconstitucionales por afectar derechos de naturaleza fundamental, riñe con la regla de la Ley Estatutaria a que se ha hecho mención, porque es apenas obvio que todas las sentencias que declaran inexecutable se refieren a normas que rigieron o derivaron situaciones inconstitucionales, y no por ello la referida regla les ha dispuesto un efecto diferente al de las demás sentencias proferidas por la Corte Constitucional.

Desde esa perspectiva, la fórmula del fallo que origina esta aclaración de voto no solo contradice la regla del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, cuya finalidad es la de garantizar la seguridad jurídica ante las posibilidades de cambio en las relaciones jurídicas ya consolidadas por los fallos que profiere la Corte Constitucional, sino que también crea una regla contraria al propósito de dicha norma, según la cual, por haber originado la norma declarada inexecutable, situaciones presuntamente inconstitucionales durante su vigencia (lo que es apenas lógico), tal declaratoria de inexecutable debe extenderse a situaciones consolidadas durante su vigencia, aun cuando la Corte Constitucional no haya hecho uso de la prerrogativa de dar efecto hacia el pasado a su fallo.

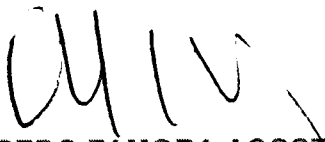
- D. Finalmente, debo señalar que las consideraciones contenidas en las sentencias C-173 de 2004 y C-535 de 2005 no pueden ser extendidas de manera simple, a manera de excepción por inconstitucionalidad, al caso concreto del señor **Jesús Aurelio Monroy Lozano**.

Lo anterior, teniendo en cuenta que si las cesantías cuya reliquidación pretende el demandante se derivan de los servicios que prestó entre el 17 de julio de 1987 y el 9 de diciembre de 1990, es patente que dicha prestación se causó en vigencia de la Constitución Política de 1886, norma fundamental vigente cuando el señor **Monroy Lozano** se retiró del servicio.

Entonces, si *“el paso de un orden constitucional anterior a uno nuevo, ejerce una determinante incidencia en la labor de control constitucional que se ejerce en el ordenamiento colombiano, mucho más si se tiene en cuenta que también se modificó el régimen en lo que hace al principal*

órgano especializado en el control de las leyes¹, y si en consecuencia, las elaboraciones jurisprudenciales que devienen de la interpretación de la Carta de 1991 no resultan aplicables a situaciones acaecidas antes de su vigencia, no podía la Sala aplicar la excepción por inconstitucionalidad del Decreto 2016 de 1968 y de la Ley 41 de 1975 de acuerdo con un ordenamiento superior futuro, sin comparación o referencia alguna al marco constitucional vigente a 9 de diciembre de 1990, momento de la causación del auxilio de cesantía definitiva del señor **Monroy Lozano**.

En los anteriores términos dejo planteadas las razones por las cuales aclaro mi voto en el presente proceso.



LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-434 de 25 de junio de 1992, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.