



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C, veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación: 25000-23-42-000-2016-02953-01 (2408-2018)
Demandante: FELIPE ANTONIO LÁZARO REYES DE LA VEGA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Recurso de apelación auto. Ley 1437 de 2011. Prescripción.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 244 de la Ley 1437 de 2011, procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el señor Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega contra la decisión proferida en audiencia inicial el 9 de abril de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró probada la excepción de «*prescripción*», formulada por la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores.

I. ANTECEDENTES

El señor Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega, actuando a través de apoderado, en aplicación del artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del Oficio S-DITH-16-012211 de 8 de febrero de 2016¹, proferido por el director de talento humano del Ministerio de Relaciones Exteriores (cancillería), a través del cual se da respuesta a la solicitud de «*reconocimiento y pago de las cesantías y demás acreencias laborales a que tiene derecho causadas durante el tiempo laborado en el servicio exterior, es decir entre el 26 de noviembre de 2001 hasta el 8 de mayo de 2004, liquidadas con base en el salario realmente devengado*», elevada por el accionante.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se reconozca y pague (i) las cesantías a que tiene derecho como consecuencia de su vinculación al Ministerio de Relaciones Exteriores durante el tiempo que laboró en el

¹ Folio 11 a 13 del expediente.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02953-01 (2408-2018)

Demandante: Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega

exterior, esto es, del 26 de noviembre de 2001 hasta el 8 de mayo de 2004 con base en el salario devengado en planta externa; (ii) las sanciones e indemnizaciones moratorias por no haber sido cancelado de forma oportuna y correcta por parte del Ministerio, las sumas adeudadas por concepto de cesantías; (iii) los intereses moratorios sobre cada una de las sumas dejadas de pagar por los conceptos anteriormente relacionados; y, por último (iv) que todas las sumas que resulten probadas sean debidamente indexadas.

A través de escrito radicado el 25 de septiembre de 2017², la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de apoderado judicial, contestó la demanda de la referencia, en dicha oportunidad presentó la excepción de *«prescripción del derecho en cabeza del demandante para reclamar la reliquidación de sus cesantías»*³.

Sustentó la excepción antes mencionada efectuando una distinción con relación a la *«prescripción trienal empezada a contar desde el momento en que se hizo exigible – fallo de la Corte Constitucional»* y la *«prescripción trienal empezada a contar desde la desvinculación del demandante de la entidad»*.

Respecto de la primera, esto es, la prescripción trienal contada desde el momento en que se hizo exigible, adujo que conforme al contenido de las sentencias C-292 de 2001, C-173 de 2004 y C-535 de 2005 se evidenció expresamente que el auxilio de cesantía de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores deberá liquidarse de acuerdo al salario realmente devengado.

Así mismo, mencionó que las acciones que emanan de los derechos consagrados en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, por lo tanto, para el presente caso, debe entenderse que la prescripción se debería contar desde el año 2005, fecha en la cual, fue expedida la última 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.

Para todos los efectos, y, en consideración a la obligatoriedad de los fallos de la Corte Constitucional con relación al tema objeto de debate, el demandante a partir del momento en que se profirió la referida providencia contaba con un término de 3 años para

² Folios 54 a 64 del expediente.

³ Folios 57 a 60 del expediente.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02953-01 (2408-2018)

Demandante: Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega

solicitar la reliquidación so pena de declararse prescritos los derechos laborales con relación al tema.

Es por lo anterior que, para el 19 de enero de 2016, momento en el cual el señor Reyes de la Vega solicitó ante la entidad demandada la reliquidación de cesantías de acuerdo al salario devengado en la planta externa, ya habían pasado más de 3 años a partir del momento en que su derecho se hizo exigible, esto es, a partir del momento en que se declaró la inexequibilidad del artículo 57 del Decreto 10 de 1992, lo que ocurrió con la sentencia C-535 de 2005, configurándose así el fenómeno de la prescripción.

De otro lado, manifestó en cuanto a la «prescripción trienal contada a partir de la desvinculación del demandante» que, las cesantías, aunque de liquidación anual, constituyen una prestación única (unitaria) y no periódica, y, su exigibilidad solo surge a partir de la cesación en el empleo, tal y como lo ha planteado el Consejo de Estado en sentencia de 21 de septiembre de 1982 (Exp. 6156).

Por lo tanto, precisó que «[...] la demandante requeriría a través de este medio de control la reliquidación de sus cesantías por el tiempo laborado en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, sin tener en cuenta que, al haberse desvinculado en mayo de 2004, fue en esa fecha en la cual causó su derecho a la reliquidación de sus cesantías para los años 2001, 2002, 2003 y 2004».

Por esas razones, y dado que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se impetró casi trece (13) años después de la desvinculación del Ministerio dentro de los periodos reclamados, se configura el fenómeno extintivo de la prescripción trienal, puesto que transcurrieron los 3 años de que trata el Decreto 1848 de 1969 para ejercer el derecho a reliquidar las cesantías.

Por último, afirmó que «el valor de los pagos realizados al Fondo Nacional del Ahorro por concepto de auxilio de cesantías, se vuelva (sic) imprescriptible y por ende, es preciso concluir que periódicamente, mes a mes, año a año, fue prescribiendo la respectiva oportunidad de solicitar la realización de la supuesta reliquidación de las cesantías de [la] demandante que ahora se están pretendiendo».



II. EL AUTO IMPUGNADO

Mediante decisión dictada en audiencia inicial el 9 de abril de 2018⁴, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió declarar probada la excepción de «*prescripción del derecho en cabeza del demandante para reclamar la reliquidación de las cesantías*» formulada por la parte demandada.

Arguyó el órgano de primera instancia que la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores afilió al demandante al Fondo Nacional del Ahorro y allí giró las cesantías correspondientes de los años 2001 a 2004, tal como se observa en la solicitud de retiro de las cesantías⁵.

En tal sentido, en aplicación de las normas que regulan la prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, esto es, artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969 que determinan la operancia del fenómeno de la prescripción en un término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, el *a quo* contabilizó la misma para el *sub examine*, desde el 13 de julio de 2005, día en se ejecutorió la sentencia C-535 de 2005 del 24 de mayo de 2005, siendo que la prescripción operó el 14 de julio de 2008, momento para el cual el demandante no ejerció ninguna acción administrativa ni judicial para el pago de las acreencias laborales solicitadas.

Así las cosas, afirmó que el reconocimiento de las cesantías no es una prestación de carácter periódico sino de carácter unitario, y que fue hasta luego de transcurridos casi ocho (8) años desde la fecha en que empezó a contabilizarse la caducidad que el demandante petitionó al Ministerio de Relaciones Exteriores para el reconocimiento de la mencionada prestación, tiempo para el cual, ya se encontraba extinguida la relación de carácter laboral.

III. LOS ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

El señor Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega interpuso recurso de apelación⁶, en contra de la anterior decisión, en el cual expuso los argumentos que se escriben a continuación:

⁴ Folios 141 a 146 del expediente.

⁵ Folio 180 del expediente.

⁶ Minuto 23:48 a 40:53 del CD contentivo de la audiencia inicial obrante a folio 140 del expediente.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02953-01 (2408-2018)

Demandante: Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega

En primer lugar, citó lo establecido por la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación en auto de 9 de abril de 2014 expediente radicado 27001 23 33 000 2013 00347 01 (0539-2014), la cual señaló que el objeto de la excepción previa es enervar la procedencia de la acción, no el fondo de la pretensión, al respecto leyó las siguientes razones de la providencia:

«[...] 2) Excepción (de mérito) de prescripción de derechos laborales: Sobre este tema conviene precisar que, acorde con la finalidad prevista por el numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en la audiencia inicial el funcionario judicial deberá decidir tan sólo las excepciones que tengan la calidad de previas, es decir, aquellas que se encaminen a atacar la forma del proceso, en procura de evitar decisiones inhibitorias; también podrá resolver, como lo anuncia la norma, las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, pero, en todo caso, encaminadas a atacar el ejercicio de la acción, mas no de la pretensión.

Resulta propicio comentar aquí la diferencia que existe entre las dos clases de excepciones que puede formular la parte demandada en ejercicio del derecho de defensa, las previas, y las de mérito, siendo aquellas, también denominadas dilatorias o de forma, las que buscan atacar el ejercicio de la acción, por presentarse alguna inconsistencia en la manera como fue presentada la demanda, vale decir, por alguna deficiencia externa; y estas, llamadas también de fondo o perentorias, destinadas a atacar el derecho sustancial reclamado por el accionante.

La finalidad de las excepciones previas, es la de conjurar vicios formales en procura de evitar decisiones inhibitorias o, dada la entidad de las falencias, impedir que continúe el curso del proceso ab initio, ya que no sería posible, ante su existencia, llegar a la sentencia por sustracción de materia; por su parte, la finalidad de las excepciones de fondo, es controvertir la existencia misma y alcance del derecho reclamado por el demandante, por lo que tienen la virtud de enervar las pretensiones y provocar que el fallo correspondiente se constituya en cosa juzgada, dando término de manera definitiva al debate planteado.

Pues bien, teniendo como premisa tales definiciones, debe el juez, en ejercicio del principio constitucional del iura novit curia, determinar con total claridad, ante omisiones de los postulantes en un proceso sometido a su conocimiento, independientemente del título que hubieren dado a cada una de ellas, si las excepciones planteadas se encaminan a atacar la forma de la demanda o el fondo del asunto, a fin de pronunciarse sobre cada una de ellas en la correspondiente etapa procesal, que para el caso que nos ocupa, las previas lo serán en la audiencia inicial del artículo 180 del CPACA y las de mérito en la de juzgamiento consagrada por el artículo 182 ibídem.

De la lectura del acta remitida y escuchada la audiencia que en medio magnético se anexó al expediente, se colige que el a quo erró al resolver una excepción de mérito que la entidad accionada denominó claramente “prescripción de las obligaciones laborales”,

5



cuando de su texto resulta evidente que su objeto no era atacar el ejercicio de la acción sino el derecho sustancial del demandante, asunto que no podía debatirse ni menos resolverse en la audiencia inicial por dos potísimas razones: a) la norma consagra tan solo la potestad para resolver las excepciones previas y b) al no haber anunciado cuáles serán las pruebas que servirán de soporte para el debate jurídico, mal puede emitir juicios de valoración sobre los argumentos que estructuran la excepción, sorprendiendo a las partes con una decisión anticipada que tan sólo puede darse en la sentencia que decida el mérito de las pretensiones.

Por tal virtud, la decisión adoptada por el a quo respecto de esta excepción será revocada por no ajustarse a los precisos lineamientos contenidos en el numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, al no corresponder su pronunciamiento a la etapa procesal en que se profirió. [...]».

Sostuvo que lo desglosado en la anterior cita, es una situación análoga al presente caso, pues el a quo resolvió una excepción previa y se terminó pronunciando sobre el fondo del asunto, no siendo procedente lo resuelto en la audiencia, pues hubo pronunciamiento de situaciones que competen solucionarse en la sentencia.

De otro lado, argumentó que la prescripción empieza a contarse desde que la parte habilitada tiene la posibilidad de presentar una reclamación de sus derechos, en ese sentido conforme a lo establecido en el Decreto 3118 de 1968 en sus artículos 27, 28, 30, 31 y artículo 44 y siguientes del CPACA, «los actos administrativos de declaración anuales y finales de cesantías, tienen que cumplir con requisitos específicos, porque es una actuación de carácter particular y concreto que se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico»⁷.

En consecuencia, de las normas mencionadas anteriormente se dispone la formalidad que debe cumplir la actuación administrativa de liquidación y pago de cesantías anuales y definitivas.

Comedidamente, mencionó los artículos 47 y 48 del Código Contencioso Administrativo, pues era la norma que regía para el momento de los hechos en materia de notificación de los actos de la administración.

Concluyó que conforme a la jurisprudencia citada, y debido a que el Ministerio de Relaciones Exteriores no expidió en debida forma las actuaciones administrativas de liquidación anual y definitiva de las cesantías del demandante, y, en igual sentido, no le notificó

⁷ Transcripción textual de lo argumentado en la audiencia inicial.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02953-01 (2408-2018)

Demandante: Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega

en debida forma dichas decisiones, las mismas no quedaron en firme, por tal razón no se puede tomar la sentencia C-535 de 2005 como punto de partida para contabilizar el término de prescripción o exigibilidad de los derechos, porque como se tiene establecido, en estos casos el incumplimiento de las normas por parte de la administración no puede ser tomado en su favor y en contra de sus administrados.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Es competencia de esta Corporación conocer el recurso de apelación formulado en primera instancia contra la decisión dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante audiencia inicial llevada a cabo el 9 de abril de 2018, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 615 del Código General del Proceso, y con fundamento en lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Aunado a ello, la Sala de Decisión es competente para proferir el auto, pues este se encuentra previsto en el numeral 3 del artículo 243 del CPACA, en concordancia con el artículo 125 ibídem.

2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si, en el presente caso, resultaba procedente declarar probada la excepción de prescripción extintiva y, en consecuencia, dar por terminado el proceso.

Para resolver lo anterior, es necesario señalar lo siguiente:

i) De las prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior - Evolución Normativa – Jurisprudencia.

El Decreto 10 de 1992, «Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular», en su artículo 57, señalaba que las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, a excepción de los administrativos locales, se liquidarían y pagarían con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, así:

«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».

El Decreto 274 de 2000, «Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular», derogó el Decreto 10 de 1992. No obstante, en similar sentido, con respecto a las prestaciones sociales de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, en su artículo 66 indicaba:

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

Empero, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de estas dos normas, primero, la del artículo 66 del Decreto 274 de 2000 a través de la sentencia C -292 de 2001, y posteriormente, la del artículo 57 del Decreto 10 de 1992, mediante la sentencia C-535 de 2005.

En la sentencia C -292 de 2001, al pronunciarse sobre el artículo 66 del Decreto 274 de 2000, dicha Corporación señaló lo siguiente:

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

Igual consideración debe hacerse en relación con los párrafos 2, 3 y 4 del mismo artículo y con los artículos 64, 65, 66 y 67 por cuanto todos ellos regulan materias propias del régimen prestacional y salarial que, por definición, están excluidas de los ámbitos que son susceptibles de regulación extraordinaria por parte del Gobierno Nacional con base en leyes de facultades. En efecto, cuando se hacen regulaciones específicas relacionadas con el régimen de seguridad social de esos funcionarios, cuando se establecen las condiciones en que debe operar la prestación asistencial en el exterior, cuando se determinan bases de cotización y de liquidación de prestaciones sociales y cuando se determinan promedios para la realización de pagos a funcionarios,



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02953-01 (2408-2018)

Demandante: Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega

el Gobierno Nacional está ejerciendo una facultad que no le fue concedida y que el Congreso no podía delegarle en cuanto se trata de un espacio que está supeditado al despliegue de su propia capacidad legislativa.

Pero aparte de las disposiciones referidas, a juicio de la Corte, las demás normas acusadas no hicieron nada distinto que consagrar reglas pertinentes al servicio exterior de la república y a la carrera diplomática y consular. Por ello, estas disposiciones constituyen un claro desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República y se enmarcan dentro de una de las autorizaciones extraordinariamente otorgadas: "Dictar las normas que regulen el servicio exterior de la República (...), la carrera diplomática y consular...", entre otras materias.»

Y a través de la sentencia C- 535 de 2005, el Alto Tribunal constitucional declaró la inexecutable del artículo 57 del Decreto 10 de 1992, por cuanto consideró que no existía una justificación constitucionalmente razonable que amparara la diferencia en el tratamiento recibido por quienes hacían parte del servicio exterior, con respecto a la generalidad de los servidores del sector público y privado, a quienes, el monto de las prestaciones les es calculado con base en el salario causado.

Así lo dijo el Alto Tribunal:

«18- Conforme lo expuso esta Corporación con suficiente amplitud en algunos de los fallos antes citados, la aplicación de la equivalencia para cotizar y liquidar los aportes a pensión resulta abiertamente discriminatoria ya que permite que sólo a cierto sector de trabajadores estatales: los que laboran en el servicio exterior, se les liquiden sus prestaciones sociales, particularmente la pensión de jubilación, de acuerdo con el salario percibido por otros servidores que reciben sumas inferiores. Así, mientras el monto de las prestaciones para la generalidad de trabajadores de los sectores público y privado es calculado de conformidad con el salario causado, el tratamiento recibido por quienes hacen parte del servicio exterior es sustancialmente diferente, sin que exista una justificación constitucionalmente razonable que ampare tal distinción. Así, incluso la finalidad perseguida por la norma se perfila como inconstitucional, pues pretende desconocer el salario como base para liquidar la pensión, así como para determinar las cotizaciones. Cabe reiterar entonces que el criterio aportado por el monto del salario realmente devengado es insoslayable, pues la pensión debe reflejar la dignidad del cargo desempeñado, ya que éste también estuvo acompañado de cargas y responsabilidades que el funcionario desempeñó de manera satisfactoria, hasta el punto de obtener su derecho pensional en tal profesión.

19- Cabe agregar que la Ley 100 de 1993 (arts. 17 y 18) en forma sistemática promueve el derecho a la igualdad de los trabajadores en materia prestacional, pues es desarrollo del querer del Constituyente, ya que la Carta consagra la igualdad como un principio fundante del Estado (art 13 C.P.) y la universalidad como un principio esencial del derecho a la seguridad social (art. 48 C.P.). Concluye entonces la Corte que para que se entienda



garantizado el principio de igualdad y los objetivos superiores que informan el derecho a la seguridad social, la liquidación de aportes para pensión debe llevarse a cabo con base en el salario real recibido por el trabajador y en ningún caso con base en un salario inferior, por lo anterior se impone declarar la inconstitucionalidad de los apartes acusados.

20- La inexequibilidad de estos apartes corrige además la reiterada violación a la igualdad que se ha venido presentando. Así, todas las acciones de tutela presentadas por antiguos funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores demuestran la magnitud del problema constitucional que se ha generado con estas medidas discriminatorias. Además, esta declaratoria de inconstitucionalidad permite que el monto de cotización y el de liquidación de la pensión sean calculados con base en lo realmente devengado, lo cual garantiza el equilibrio del sistema pensional, pues las cotizaciones y las liquidaciones ya no se realizarán con base en ingresos inferiores a los que estos funcionarios perciben, ya sea que estén en la planta interna o en la externa, pues en cada caso se hará la cotización y la liquidación con base en el salario real.

Encuentra pues la Corte que los apartes acusados son violatorios de la igualdad y por tanto habrán de ser declarados inexequibles, pues el trato distinto impuesto por la norma es discriminatorio ya que implica que la cotización y liquidación de la pensión se hacen con base en un salario que no corresponde al realmente devengado. Y es que no es constitucionalmente admisible reducir el salario de un servidor público para efectos del cálculo de su pensión.

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 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 inexequibilidad de la norma legal demandada.

El Ministerio de Relaciones Exteriores se opone a la declaratoria de inexequibilidad 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».

Así las cosas, para efectos de la liquidación de las cesantías de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, debe tenerse en cuenta el salario que éstos realmente devenguen.

Ahora bien, en este punto es preciso señalar que, como en casos similares al *sub examine* lo ha concluido la Subsección “B” de la Sección Segunda de esta Corporación, generalmente, las sentencias a través de las cuales la Corte Constitucional decide la inexequibilidad de una norma, tienen efectos hacia el futuro a menos que aquella, de manera expresa, manifieste su alcance. De igual manera, durante su vigencia, la norma puede ser inaplicable por vía de excepción de inconstitucionalidad. Así las cosas, al respecto y de manera concreta, en lo concerniente a este punto y



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02953-01 (2408-2018)

Demandante: Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega

sobre las cesantías a que tienen derecho estos servidores, en sentencia de 3 de mayo de 2018, se dijo:

«Los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional por las cuales se decide la declaratoria de inexecutable de una norma, por regla general, tienen efectos hacia futuro (ex nunc); salvo que la misma Corte expresamente manifieste, de conformidad con su reglamento interno, los alcances que le da a la misma. Esto implicaría que las situaciones adquirieron firmeza durante la vigencia de aquellas normas que posteriormente son declaradas inconstitucionales.

Empero, el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 estableció lo siguiente respecto de los efectos de la sentencia de Constitucionalidad:

«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.»

Según lo anterior, en algunas oportunidades es viable, dadas las condiciones de la norma que se retira del ordenamiento jurídico, aplicar durante la vigencia de la 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.

En el caso que se ha traído a colación, la corporación señaló que la entidad demandada estaba en la obligación de efectuar anualmente la liquidación de las cesantías de la parte demandante y notificarlas en debida forma para que las suscribiera si estaba de acuerdo, o en caso contrario tuviera la oportunidad de interponer los recursos pertinentes, lo que, una vez resueltos, o firmadas las liquidaciones en señal de aceptación, se comunicarían al FNA para que se acreditaran en la cuenta del demandante durante el mes de enero del año inmediatamente siguiente, como de manera expresa lo dispuso la ley.

Ahora bien, en los casos en los cuales el Ministerio de Relaciones Exteriores no notifica a la parte actora las liquidaciones anuales de las cesantías restringiéndole la oportunidad de incoar los mecanismos de impugnación respecto del salario base que tuvo en cuenta para el reconocimiento prestacional, el administrado está en la obligación de agotar la vía gubernativa y dependiendo de la respuesta de la administración puede instaurar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en procura de encontrar una solución a la defectuosa liquidación de sus cesantías.

De igual manera, es preciso indicar que conforme a la exposición previamente señalada, si bien las prestaciones sociales del personal del servicio exterior con las previsiones temporales analizadas de conformidad con la sentencia de constitucionalidad, deben liquidarse atendiendo el salario efectivamente devengado, no puede perderse de vista que cuando se produce el retiro del servicio del empleado, tales emolumentos se convierten en



definitivos, y en tal sentido, son prescriptibles si no se reclaman dentro del término previsto la ley».⁸

ii) De la prescripción de los derechos laborales.

El Decreto 3135 de 1968, «por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales», sobre el fenómeno de la prescripción consagra lo siguiente:

«Artículo 41. 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.»

De igual manera, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, «*Por el cual se reglamenta el Decreto [3135](#) de 1968*», sobre la prescripción de las acciones señaló:

«Artículo 102.- 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.»

Así las cosas, de conformidad con la normatividad en cita, las acciones que emanen de los derechos consagrados en los mencionados decretos, prescriben en tres (3) años, término que debe contabilizarse a partir de la fecha en que se hace exigible la obligación y que puede ser interrumpida por un lapso igual con el simple reclamo que al respecto el empleado oficial formule ante la entidad.

3. Caso concreto.

⁸ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso – Administrativo Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente:, Bogotá D.C, 3 de mayo de 2018, Radicación: 25000-23-25-000-2012-00956-01. Nro. Interno: 1658-2016.



Sea lo primero indicar que a diferencia de lo esbozado por el impugnante, considera esta Sala que el *a quo* sí debió resolver la excepción de prescripción en el transcurso de la audiencia inicial, pues, así lo señaló el artículo 180 del CPACA en su numeral 6: «[...] *El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y **prescripción extintiva** [...]*». En ese sentido, cabe precisar que la declaratoria de dicha institución jurídica en esta etapa procesal, solo es posible cuando con su interposición se busca atacar el ejercicio de la acción, lo cual ocurre para el *sub examine*.

Por lo tanto, cuando el Tribunal Administrativo de Cundinamarca analizó los supuestos para declarar probada la excepción mencionada, evidenció que el derecho de acción que tenía el demandante para reclamar las cesantías y demás emolumentos en el presente asunto, había prescrito, lo cual resulta ser evidente para esta Sala, y reitera, *contrario sensu* a lo dicho por el señor Reyes de la Vega, que no estuvo dirigida la decisión del Juez de primera instancia a resolver el fondo de la Litis.

Efectuadas las anteriores consideraciones, se tiene que de conformidad con el certificado expedido por la Coordinadora de Administración de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores el día 16 de marzo de 2016⁹, el señor Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega desempeñó los siguientes cargos:

- i) Cónsul General, Grado Ocupacional 4 EX, en el Consulado General de Colombia en México, desde el 26 de noviembre de 2001 hasta el 2 de febrero de 2003.
- ii) Ministro Consejero, Grado ocupacional 5EX, en la embajada de Colombia ante el Gobierno de México, desde el 3 de febrero de 2003 hasta el 8 de mayo de 2004.

Mediante derecho de petición radicado el 19 de enero de 2016¹⁰, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, el demandante, a través de apoderado, solicitó el reconocimiento, reliquidación y pago de las prestaciones sociales, incluyendo las cesantías, en el periodo comprendido entre el 26 de noviembre de 2001 hasta el 8 de mayo de 2004, y, con base en el salario realmente devengado durante el tiempo que ejerció cargos en el servicio exterior, es decir, el pagado. Lo anterior, junto con los respectivos intereses

⁹ Folio 14 y 15 del expediente.

¹⁰ Folios 3 a 15 del expediente.



moratorios, sanciones y la diferencia entre lo pagado y el producto de la reliquidación.

Mediante Oficio S-DITH-16-012211 de 8 de febrero de 2016¹¹, el Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, dio respuesta al derecho de petición formulado por el ahora demandante y para ello indicó en cuanto al reconocimiento de las cesantías lo siguiente:

«[...] que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4414 del 30 de diciembre de 2004, el Ministerio de Relaciones Exteriores comenzó a trasladar las cesantías causadas en el servicio exterior en moneda legal colombiana a la tasa representativa del mercado correspondiente al primer día del mes en que se cause la doceava que se transfiere, a partir del 30 de diciembre de 2004, efectos que tampoco fueron consagrados expresamente de carácter retroactivo.

No obstante lo anterior, le informo que las cesantías de su poderdante correspondientes a los periodos que usted refiere en su solicitud, se remitieron por este Ministerio al Fondo Nacional de Ahorro (FNA) para el trámite pertinente de conformidad con lo establecido en el Decreto-Ley 3118 de 1968.

Lo anterior se puede constatar de acuerdo a lo consignado en el Extracto Interno de Cesantías – COBOL y en el Extracto Individual de Cesantías emitidos por el Fondo Nacional del Ahorro a nombre del señor Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega [...]».

Efectuado el anterior recuento fáctico, se procederá a estudiar los argumentos del recurso de apelación.

Arguyó el apelante que **«[...] no se puede tomar la sentencia C-535 de 2005 como punto de partida para contabilizar el termino de prescripción o exigibilidad de los derechos»**, lo cual no está llamado a prosperar, pues con la expedición de la sentencia C-535 del 24 de mayo de 2015, es que se hace exigible el derecho a la reliquidación de las cesantías de acuerdo a lo devengado en el servicio exterior para los empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores, y, por tanto, el término para contabilizar la prescripción de tal derecho, empieza a contarse a partir de la ejecutoría de la misma. Esta postura ha sido reiterada por la Jurisprudencia de esta Corporación así:

«60. Así las cosas, es a partir de la expedición de la sentencia C-535 de 2005 que se hace exigible la reliquidación de las prestación aludida por los periodos reclamados con base en el salario realmente devengado, y dado que las cesantías parciales o definitivas, no constituyen una prestación periódica, sino unitaria, tal como la ha manifestado esta Subsección mediante

¹¹ Folios 11 a 13 del expediente.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02953-01 (2408-2018)

Demandante: Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega

Auto de 26 de octubre de 2017¹², le asiste razón al A-quo cuando adujo que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación¹³ en virtud de la naturaleza del referido emolumento, no es de recibo que la reclamación pueda efectuarse en cualquier tiempo, sino que por el contrario, está sujeta a los términos extintivos previstos en el ordenamiento jurídico».¹⁴

Por lo tanto, en el *sub examine* debe darse aplicación a la normatividad vigente para la época de los hechos, lo cual sugiere la contabilización del término a partir de la mencionada sentencia.

En ese sentido, se tiene que el demandante prestó sus servicios para el Ministerio de Relaciones Exteriores hasta el 8 de mayo de 2004.

De otra parte, por conducto de apoderado judicial, el 19 de enero de 2016, solicitó ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, la reliquidación del valor correspondiente al auxilio de cesantía e intereses al auxilio de cesantía, del periodo comprendido entre el 26 de noviembre de 2001 hasta el 8 de mayo de 2004, con base en el salario realmente devengado durante el tiempo que ejerció cargos en el servicio exterior, es decir, el pagado. Lo anterior, junto con los respectivos intereses moratorios, sanciones y la diferencia entre lo pagado y el producto de la reliquidación.

La sentencia C-535 de 2005 cobró ejecutoria el día 13 de julio de 2005, y a partir de allí, contabilizado el término de prescripción que equivale a tres (3) años, el señor Reyes de la Vega podía reclamar y controvertir su derecho prestacional hasta el 14 de julio de 2008, no siendo así para el presente caso.

Así las cosas, la parte actora formuló sus peticiones aproximadamente once (11) años después de que la Corte Constitucional prohiriera la sentencia C-535 de 2005, en consecuencia, según lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el derecho reclamado se encuentra prescrito. Sin mayores disquisiciones jurídicas, con relación a los argumentos del apelante que refieren a que **«La notificación de los actos de liquidación, no reúne los requisitos»** advierte la

¹² Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, Auto de 26 de octubre de 2017, Rad. 2015-00512-010 (3040-2016),

¹³ Consejo de Estado, Sentencia de 27 de abril de 2016, radicado 27001-23-33-000-2013-00101-01(0488-14), c. p..

ver también: Consejo de Estado, Sentencia 31 de julio de 2008, 13001-23-31-000-1999-00367-03(0877-06), C. P..

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda – Subsección B, , Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2018. Radicación: 25000-23-42-000-2012-01850-01. No. Interno: 2156-2015.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02953-01 (2408-2018)

Demandante: Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega

Sala que este argumento de inconformidad no está llamado a prosperar, por cuanto, como ya se explicó en el acápite anterior, para contabilizar el término prescriptivo de las cesantías, no es menester tener en cuenta los actos administrativos que reconocieron y liquidaron la prestación, pues no es sino hasta la expedición de la sentencia C-535 de 2005 que surgió el derecho de los empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores a liquidar las cesantías con base en lo devengado en el exterior, por lo tanto, a partir de la ejecutoria de la mencionada providencia es que empezarán a contabilizarse los tres años de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. Esta Sección se ha pronunciado al respecto así:

«[...] Pese a ello, su derecho no surgió a partir de las fechas en que le fueron notificados los actos de liquidación, ni en las que efectuó un retiro definitivo de la aludida prestación social pues, tal como lo señaló la entidad demandada y la jurisprudencia pacífica de esta Corporación, las cesantías le fueron reconocidas y canceladas conforme a la norma vigente durante la época en que prestó sus servicios ante la entidad demandada, y fue solo hasta su declaratoria de inexequibilidad mediante la sentencia C-535 de 2005, que surgió el derecho a la reliquidación de aquellas, pues se reitera, el artículo 57 del Decreto 10 de 1992, le impedía al interesado reclamar el su reajuste con base en el salario realmente devengado; es decir, que se originó un hecho nuevo que le generó una expectativa legítima de mejoramiento de una prestación social económica.»

Es por lo anterior que, no tiene ninguna incidencia en el presente caso, analizar la posible o supuesta indebida notificación y falta de los requisitos puntuales de la actuación administrativa, porque el estudio de la institución jurídica de la prescripción se llevará a cabo a partir de la ejecutoria de la sentencia C-535 de 2005 y no con la expedición de los actos de liquidación de la aludida prestación.

En consecuencia, se encuentra que le asiste razón al demandado cuando propone la excepción de «prescripción», por tanto, se confirmará la providencia de 9 de abril de 2018.

En mérito de lo expuesto, la **Sala**

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la decisión dictada en audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de abril de 2018, por medio de la cual se declaró probada la excepción de



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02953-01 (2408-2018)

Demandante: Felipe Antonio Lázaro Reyes de la Vega

«prescripción», formulada por la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores.

SEGUNDO. - DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

TERCERO. - RECONOCER PERSONERÍA al abogado de la parte demandada, Vladimir Vásquez González, identificado con tarjeta profesional N° 282.511 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo con el escrito visible en folios 154 a 160 del expediente.

CUARTO. - ACEPTAR LA RENUNCIA presentada por la apoderada Liliana Constanza Triana Vega, identificada con tarjeta profesional N° 273.230 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo con el escrito visible a folio 150 a 152 del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

NOTA: La anterior providencia fue firmada electrónicamente por la Sala a través de la plataforma SAMAI del Consejo de Estado, con lo cual se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordantes del Código General del Proceso.