



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

Bogotá D.C., nueve (9) de octubre de dos mil veinte (2020).

Demandante: Enrique Gómez Hurtado
Demandado: Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores
Expediente: 110013342046-2017-00323-01
Medio: Nulidad y restablecimiento del derecho

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 191s), contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2019 por el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo de Bogotá (fls. 183s), 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 Enrique Gómez Hurtado, a través de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad del Oficio S-DITH-13-084711 de 15 de septiembre de 2016, 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 1979 a 1982, al pago de aportes a pensión, intereses moratorios, dineros debidamente indexados y que se condene en costas.

2. Hechos

Indica que el demandante trabajó en el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 25 de enero de 1979 hasta el 30 de septiembre de 1982, desempeñando el cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario (empleado de servicio exterior), en la Embajada de Colombia en Francia; y que durante este período, el pago de su salario fue en dólares.

Refiere que sus prestaciones sociales, incluidas las cesantías, se liquidaron sin tener en cuenta el salario realmente devengado.

Señala que el 25 de agosto de 2016 solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores la reliquidación y pago de sus prestaciones sociales y 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, 13, 25, 29, 48, 53, 58, 93 y 94 de la Constitución Política; artículos 60 y 61 del Decreto 1950 de 1953; 17, literal a), de la Ley 6ª de 1945; 22, 25, 27, 28, 29 y 30 del Decreto 3118 de 1968; 14 del Decreto 162 de 1969; 18 del Decreto 3135 de 1968; 45 del Decreto 1045 de 1978; 9 del Decreto 1453 de 1968; 1 del Decreto 4414 de 2004; Decretos 10 de 1992, 1832 de 1994, 274 de 2000 y 1716 de 2009 y artículos 17 de la Ley 6 de 1945; 17 y 18 de la Ley 100 de 1993; 2 de la Ley 244 de 1995, 5, 11 y 12 de la Ley 432 de 1998, Leyes 1071 de 2006, 1395 de 2010, 640 de 2001, 1285 de 2009.

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 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, las prestaciones debían ser liquidadas con base en la 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 sentencia C-174 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.

4. Contestación de la demanda

La apoderada judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores contestó la demanda en los siguientes términos (fls.60):

Expone que la Entidad liquidó las cesantías de conformidad con las disposiciones legales vigentes para aquella época (Decretos 2016 de 1968 y 10 de 1992), 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 inexequibles 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.

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

Sostiene que existe un cobro de lo no debido en materia pensional, ya que *“los aportes girados para todos los funcionarios del Ministerio, tanto de planta interna como de la externa, desde la entrada en vigencia de la Ley 6 de 1945 hasta el día antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, fueron pagados a la Caja Nacional de Previsión Social”* (f.68vto).

Advierte que *“no hay lugar al pago de sanción o interés que compense mora alguna, dado que el Ministerio cumplió con sus obligaciones como empleador dado aplicación a la normatividad vigente”* (f.70vto).

5. Sentencia recurrida

El Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo de Bogotá en sentencia proferida el 7 de febrero de 2019 (fls.183), 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 2005, 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, *"en razón a que la vinculación del señor Gómez Hurtado en la planta externa de la entidad fue desde el año 1979 a 1982, la exigibilidad del derecho tuvo lugar en dos momentos, el primero, a partir de que terminó la relación laboral con la entidad y el segundo, con la mencionada sentencia C-535 de 2005"* (f.189).

Advierte que el vínculo laboral del demandante culminó el 30 de septiembre de 1982 y sólo hasta el 25 de agosto de 2016, presentó reclamación administrativa, *"33 años después de producirse el retiro del accionante de la entidad, configurándose el fenómeno jurídico de la prescripción consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969"* (f.189).

Agrega que si se tiene en cuenta que sólo a partir de la fecha en que cobró vigencia la sentencia de constitucionalidad C-535 de 2005, *"se hizo exigible el derecho pretendido por el actor, transcurrieron más de tres años, configurándose igualmente el fenómeno jurídico de la prescripción"* (f.189vto).

Indica que *"si el demandante está alegando que el acto debe ser comunicado, se le debe recordar que estuvo afiliado al Fondo Nacional de Ahorro 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"* (f.189vto).

Resalta que no se *"requería la notificación del acto de liquidación, porque con la consignación del valor tuvo conocimiento, y si pretendía un monto superior, debió haber reclamado oportunamente, teniendo en cuenta que cada cesantía es anualizada y en especial porque su liquidación fue por retiro definitivo del servicio"* (f.189vto).

6. Recurso de apelación

Inconforme con la sentencia, la parte actora presentó recurso de apelación con base en los siguientes fundamentos (fls.191s):

Aduce que el Ministerio no le notificó los actos administrativos de liquidación de las cesantías, lo cual excluye la posibilidad de que operara la prescripción del derecho.

Sustenta que *“ni la certificación, ni el formulario, y mucho menos el oficio remisorio de estos documentos constituyeron actos administrativos válidos y eficaces frente al reconocimiento del auxilio de cesantías que correspondía al señor Enrique Gómez Hurtado”* (f.200).

Agrega que para el *a quo*, no *“existió certeza respecto de cuáles actos administrativos reconocieron las cesantías, pues de haberla tenido, hubiera señalado cuales eran esos actos de diferentes periodos en que se desempeñó el funcionario”* (f.201).

Concluye que el demandante sólo tuvo conocimiento de la liquidación de sus cesantías a partir del momento en que le niegan el derecho, es decir del acto acusado.

7. Trámite en segunda instancia

Recibido el expediente proveniente del Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo de Bogotá y previa sustentación del recurso, se admitió el mismo (fls. 212) y se ordenó notificar al Ministerio Público en forma personal.

Corrido el traslado para alegar (fls.215) el Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto.

El apoderado de la parte actora reiteró los planteamientos esgrimidos en el recurso de apelación y solicita que se accedan las pretensiones de la demanda (f.226s).

El apoderado de la entidad accionada manifestó 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 2005 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. 217s).

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) si se configuró el fenómeno de la prescripción, toda vez que considera que no se notificaron las liquidaciones de las cesantías; y ii) si la prestación de auxilio de cesantías en un derecho imprescriptible.

Antes de emprender el análisis del fondo del asunto, se hace necesario decantar que así como la demanda es el marco de juzgamiento, de igual forma, el recurso de apelación determina los límites del pronunciamiento de segunda instancia, razón por la cual el estudio se circunscribirá a los motivos expuestos por la parte recurrente en su escrito de impugnación. Así las cosas, la Sala se releva de estudiar lo referente a los aportes a pensión conforme el salario que realmente devengaba, como quiera que la parte actora no se refirió al respecto en el recurso de apelación.

A efectos de resolver los problemas jurídicos planteados la Sala realizará el siguiente análisis:

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:

- 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 (1979 a 1982), 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:

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.

“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 topes 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 la 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 inexequibles. La Sala considera importante resaltar 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.

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”.

4. Hechos probados

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

- El señor Enrique Gómez Hurtado laboró para el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 25 de junio de 1979 al 30 de septiembre de 1982, desempeñando el cargo de Embajador extraordinario y plenipotenciario, de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Francia, que hace parte de la planta externa del Ministerio (fl.5).

- Liquidación de cesantías del año 1980 y 1981, sin constancia de notificación (fls.145).

- Liquidación de cesantías del año 1979 y 1982, con constancia de notificación pero sin especificar la fecha (fls. 126s).

- 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 **25 de agosto de 2016**, la reliquidación de sus cesantías con base en el salario realmente devengado (fl.3).

- 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) (fls. 4s).

- Según la certificación GNPS-0071 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.90).

5. Caso concreto

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 inexequibilidad 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 inexequible, 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 inexequibilidad, 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 inexequibilidad se dispusieron hacia el futuro (...)”³ (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 inexequibles las normas que establecían la equivalencia de liquidación de prestaciones del personal exterior e interior, tienen efectos hacia futuro por virtud artículo

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 24 de mayo de 2007, radicado interno No. 2616-04.

45 de la Ley 270 de 1996⁴. 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.

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

“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”.

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

“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”.

⁴ ***“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”.***

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”.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha determinado que la prestación de auxilio de cesantías 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 término 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. Así las cosas, no le asiste razón a la parte demandante cuando señala que la indebida notificación del acto en el cual se le liquidó la cesantía impidió que la prescripción transcurriera.

Es del caso mencionar que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en recientes pronunciamientos, analizó la manera cómo se debe contar el

⁵ 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.

término de prescripción en unos casos con idénticos supuestos fácticos y jurídicos, 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 (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 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. (...)

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).

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).

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 solo hasta el 10 de octubre de 2011, presentó petición, lo que refleja que transcurrieron 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.

En ese contexto jurisprudencial, en el caso *sub examine* se tiene que la liquidación de cesantías del año 1980 y 1981 (fls. 146 y 147) no tiene constancia de notificación y las constancias del año 1979 a 1982 (fl. 145 y 148) tiene la firma del demandante como constancia de notificación, pero sin

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.

especificar la fecha; razón por la cual, no es posible contar el término de prescripción desde ese momento.

No obstante lo anterior, en oficio No. I-DITH-18-003693 del 20 de febrero de 2018 la Cancillería de Colombia, indicó que el demandante solicitó al Fondo Nacional del Ahorro el retiro definitivo de sus cesantías el 17 de enero de 1983, por lo que se concluye que el demandante sí tuvo conocimiento de los valores de las cesantías que le fueron liquidados y que en el mejor de los casos, se enteró de su contenido y los valores el 17 de enero de 1983, fecha en que realizó el retiro definitivo de las cesantías.

Así las cosas, se estima que el demandante tuvo la oportunidad de solicitar y demandar la reliquidación de sus cesantías el 17 de enero de 1983, sin embargo, presentó la reclamación administrativa el 25 de agosto de 2016 (fl.3) cuando ya se había superado el término prescriptivo, pues **trascurrieron más de 30 años.**

Sumado a lo anterior, se advierte que el demandante se retiró del servicio, el 30 de septiembre de 1982 (f.5), por lo que se observa que de igual forma trascurrieron más de 3 años desde la fecha de retiro y la reclamación administrativa presentada el 25 de agosto de 2016, por lo que se observa que operó la prescripción, toda vez que conforme lo estableció el Consejo de Estado, una vez se produce el retiro deben controvertirse las prestaciones sociales definitivas o pedir la reliquidación.

En suma, se impone confirmar el fallo de primera instancia que declaró probada la excepción de prescripción extintiva, 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.

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.

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 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: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 7 de febrero de 2019 por el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo de Bogotá, por medio de la cual se declaró probada la excepción de prescripción extintiva.

SEGUNDO: ABSTIÉNESE 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