

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B
CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 11 de mayo de 2020

Radicación: 25000-23-42-000-2014-02063-01.
No. Interno: 2011-2019.
Demandante: Gustavo Antonio Dajer Barguil.
Demandados: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores.
Asunto: Confirmar sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de prescripción de la reliquidación de las cesantías.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 8 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, que declaró probada la excepción de prescripción de la reliquidación de las cesantías por el periodo laborado hasta la anualidad de 2003 con base en el salario realmente devengado en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

II. ANTECEDENTES

La demanda.

2. El señor Gustavo Antonio Dajer Barguil, presentó demanda¹ contra la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores², con el objeto de solicitar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

¹ En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011

² Demanda presentada el 16 de mayo de 2014. Folios 16 a 49 del expediente.

- Oficio S-DITH-13-048007 de fecha 28 de noviembre de 2013 proferido por el Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual, negó la reliquidación de las cesantías correspondientes a la anualidad del 2003.

- Oficio GNP 1907-F de fecha 26 de noviembre de 2013, por el cual, el ente demandado le notificó de los valores consignados por concepto de cesantías del año 2003 al Fondo Nacional del Ahorro.

3. Como restablecimiento del derecho, solicito que se declare i) que el ente público demandado no liquidó las cesantías en los periodos laborados hasta la anualidad de 2003 con base en el salario realmente devengado en moneda extranjera; ii) que los actos que le liquidaron la prestación social hasta el 2003 no le fueron notificados; y iii) que en consecuencia, no ha empezado a correr la prescripción del derecho.

4. Igualmente, solicitó que se condene al Ministerio de Relaciones Exteriores a reliquidar el referido emolumento correspondiente al año 2003, con la verdadera asignación básica percibida en el exterior, así como al pago de los intereses moratorios de acuerdo a lo previsto en el artículo 14 del Decreto 162 de 1969³ y de los perjuicios morales causados.

5. Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes⁴:

i) El demandante manifestó que laboró interrumpidamente en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 14 de enero de 2003 al 4 de mayo de 2005 y desde el 17 de mayo de 2005 al 27 de agosto de 2006 en el cargo de Cónsul General Grado Ocupacional 4 EX, en el consulado general de Colombia en Londres.

³ “Artículo 14. De acuerdo con los Artículos 41 y 51 del Decreto que se reglamenta, en caso de controversia sobre cualquier clase de liquidación del auxilio de cesantía, si en la providencia se decide el litigio se ordenará el reconocimiento a favor del trabajador de una suma mayor que la que hubiere sido liquidada por la respectiva entidad, en el mismo proveído de dispondrá el reconocimiento de intereses moratorios en beneficio del trabajador sobre la diferencia, a la rata del 2% mensual, desde la fecha en que la suma respectiva se hubiere causada hasta aquella en que se le acredite.

De manera similar se procederá cuando se niegue el trabajador el pago del auxilio de cesantía, de acuerdo con el Artículo 45 del Decreto que se reglamenta. En tales casos si la providencia que desate el litigio fuere favorable al trabajador, sobre la suma reconocida a su favor se ordenará el pago de intereses moratorios a la indicada tasa del 2% mensual, desde la fecha en que dicha suma se le ha debido pagar o acreditar hasta aquella en que esto se haga. (...)

⁴ Folios 16 a 22 del expediente.

ii) Que mediante Decreto 2999 de 6 de diciembre de 2002, fue nombrado en el cargo de representante permanente alterno con categoría de embajador, grado ocupacional 7 EX, de la misión permanente de Colombia ante la organización de las Naciones Unidas – ONU. Con sede en Nueva York. Que en virtud de ello, por el periodo del 14 enero a diciembre de 2003, laboró en la planta externa del ente público demandado.

iii) Precisó, que durante el periodo consignado anteriormente percibió el pago de su salario en dólares, tal como consta en certificación GNP 1907-F de 26 de noviembre de 2013, suscrita por la coordinadora de nómina del Ministerio de Relaciones Exteriores, pese a ello, el ente público demandado liquidó y reportó al FNA las cesantías del actor con base en un salario que no correspondía al realmente devengado en su calidad de funcionario asignado al servicio exterior, actos de liquidación que no le fueron debidamente notificados, lo que se traduce en que son ineficaces e inoponibles.

iv) Manifestó, que en virtud de las sentencias de la Corte Constitucional C-173 de 2004 y C-535 de 2005, que declararon inexequibles las disposiciones que permitían que la liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores se realizara con el equivalente de la planta interna, elevó petición el 8 de noviembre de 2013 ante el ente accionado, solicitando la reliquidación de las cesantías causadas en el año 2003, reclamación que fue desatada desfavorablemente mediante el Oficio S-DITH-13-048007, cuya legalidad se discute a través del presente medio de control.

Concepto de violación.

6. Señaló⁵ que el acto acusado desconoce disposiciones constitucionales, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema, en la medida que es claro que las normas que sirvieron de sustento a la entidad demandada para liquidar las cesantías con base en el salario similar en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, eran

⁵ Folios 24 a 46.

inconstitucionales, y por tanto, dicha entidad pública tenía el deber jurídico de inaplicar el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 y en consecuencia, reconocer y pagar con efectos retroactivos la suma que realmente percibieron los funcionarios de la planta externa por concepto de pensiones y cesantías, sin que pueda alegarse la prescripción del derecho, en tanto los actos que liquidaron la prestación social no fueron debidamente notificados y toda vez, que la disposición que consagra el medio extintivo no extiende sus efectos a la liquidación de la referida prerrogativa laboral.

Contestación de la demanda.

7. El **Ministerio de Relaciones Exteriores**⁶, se opuso a las pretensiones de la demanda⁷, al considerar que la liquidación de las cesantías del demandante se realizó de conformidad con las normas especiales que regularon para ese momento la materia frente a los funcionarios del servicio exterior, estas son, artículo 57 de Decreto 10 de 1992⁸ y el artículo 66 del Decreto 274 de 2000⁹.

8. Invocó como excepciones, i) prescripción, la cual hizo consistir en que el demandante no solicitó la reliquidación de las cesantías dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad del derecho, esto es, cuando se expidió la sentencia C-535 de 2005, que declaró la inexecutable del artículo 57 del Decreto 10 de 1992, ni dentro de los tres años siguientes a su desvinculación del servicio, lo cual tuvo lugar el 4 de mayo de 2005; ii) caducidad, teniendo en cuenta que la demanda debió presentarse dentro de los 4 meses siguientes a la ejecución del acto administrativo que liquidó las cesantías

⁶ Folios 60 a 74.

⁷ Folios 42 a 59 del expediente.

⁸ «NOTA DE VIGENCIA: Derogado por el Decreto 274 de 2000

[...]

Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular.

[...]

ARTÍCULO 57. <Artículo INEXEQUIBLE> 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.»

«Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular.

[...]

ARTICULO 66. LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES. <Artículo INEXEQUIBLE> 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.»

⁹ [...]

ARTICULO 66. LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES. <Artículo INEXEQUIBLE> 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.»

correspondientes al año 2003, máxime cuando el Oficio I DITH-13-048007 de 28 de noviembre de 2013, cuya nulidad se pretende, no es pasible de control judicial, en tanto su contenido es de mero trámite informativo sobre la forma en que se efectuó el reconocimiento de la prestación social reclamada; y iii) falta de agotamiento de la vía gubernativa, en tanto el actor no ejerció los recurso que dispone la ley contra los actos acusados.

Audiencia Inicial.

9. El Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda - Subsección B, en audiencia inicial celebrada el 11 de octubre de 2016¹⁰, una vez efectuado el saneamiento del proceso, declaró no probada las excepciones previas de caducidad y falta de agotamiento de vía gubernativa, seguidamente fijó el litigio a folio 142, en los siguientes términos:

«[...] (i) ¿Cuáles son las disposiciones que regulaban la liquidación y reconocimiento del auxilio cesantías de los funcionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores antes y después de la sentencia C-535 de 2005?; (ii) De conformidad con las disposiciones aplicables se generó para el actor el derecho a la reliquidación del auxilio cesantía con el salario realmente devengado durante el tiempo en que se desempeñó en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores? (iii) De haber surgido ese derecho a la reliquidación, subsiste el mismo o se extinguió por alguna causa legal?»

III. SENTENCIA APELADA

11. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, a través de sentencia de 8 de junio de 2017¹¹, declaró probada la excepción de prescripción, al considerar que si bien es cierto, el actor tiene derecho a la reliquidación de las cesantías correspondientes a la anualidad de 2003 con base en el salario realmente devengado en la planta de personal externo del Ministerio de Relaciones Exteriores, también lo es, que aquel se hizo exigible a partir del 27 de agosto de 2006, cuando se desvinculó de la entidad demandada y le fueron reconocidas sus cesantías definitivas, las cuales retiró el 13 de septiembre y el 5 de diciembre de 2006, de tal forma que es a partir de la data en que se retiró del servicio, que

¹⁰ FF. 139 a 143.

¹¹ FF. 162 a 171.

contaba con tres años para reclamar la reliquidación de la prestación social por la anualidad de 2003, observándose que la petición tan solo fue elevada el 8 de noviembre de 2013, cuando ya había transcurrido el plazo extintivo previsto por el legislador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

12. El apoderado de la **parte demandante**¹², indicó que en el sub júdece no es posible declarar la prescripción del derecho, al considerar lo siguiente:

13. En primer lugar, señaló que debido a que la norma que consagra la prescripción no extendió sus efectos a la referida prestación social, así como las disposiciones que regulan su reconocimiento y pago tampoco lo hicieron, forzoso resulta concluir, que las cesantías son imprescriptibles, sin que pueda establecerse que por analogía le resulta aplicable los plazos extintivos fijados en otras disposiciones, en tanto al ser un emolumento de orden laboral, las normas que limitan o restringen derechos de tal carácter son de aplicación restringida, por ende, ante dos interpretaciones, debe prevalecer la más favorable, pues así lo establece el artículo 53 superior. En apoyo a su tesis citó sentencias de esta Corporación¹³ en ese sentido.

14. El segundo punto, lo hizo consistir, en que aun en el evento en que a las cesantías les resultara aplicable el término de prescripción trienal, el mismo no operó en el sub júdece, en tanto los actos administrativos que reconocieron las cesantías del actor no fueron notificados, en consecuencia, no pudieron ser controvertidos en oportunidad, lo que significa que se encontraban viciados de ineficacia, sin que pueda establecerse que conocía o aceptó los mismos, ni que por haber retirado las cesantías se haya notificado por conducta concluyente de ellos, en tanto no existe prueba que acredite que al momento del retiro de la prestación social, se le hayan referido por escrito tales decisiones, requisito necesario para entender que se produjo dicha forma de notificación.

¹² Folios 195 a 208

¹³ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, Sentencia de 10 de noviembre de 2010 y 22 de noviembre de 2010, Radicación 2001-00420 y 2003-01821, respectivamente, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

15. De otra parte, si bien reconoció la existencia de la sentencia de unificación CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016¹⁴, que extendió los efectos de la prescripción sobre la prestación social, la misma no resulta aplicable, en tanto no reúne los mismos supuestos fácticos y jurídicos del presente asunto, máxime cuando dicha providencia dispone que el término extintivo solo acaece cuando la mora en la consignación de las cesantías ocurre por culpa imputable al empleado.

16. Finalmente, arguyó, en primer lugar, que el envío del extracto de cesantías al trabajador, no es un hecho que pueda reemplazar la obligación del empleador de notificar debidamente la liquidación de la prestación, cuya omisión deriva en la ineficacia del acto administrativo, de tal forma que una interpretación contraria desconoce el principio de legalidad y pone en desventaja la situación del trabajador. En segundo, resaltó que no se puede contabilizar la prescripción del derecho a reclamar la reliquidación de la prestación social, a partir de la sentencia que retiró del ordenamiento jurídico las normas que impedían su correcta y justa liquidación, pues la rama judicial no puede imponer una carga jurídica al ciudadano que le correspondía al Ministerio de Relaciones Exteriores.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

17. El apoderado de la **parte demandante**¹⁵, reiteró los argumentos de la apelación.

18. La **Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores**¹⁶, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

VI. CONSIDERACIONES

Análisis del asunto.

¹⁴ RD. 2011-00628-01.

¹⁵ Folios 225 a 237.

¹⁶ F.F. 238 a 248.

19. En principio, considera esta Sala pertinente señalar, que si bien es cierto el párrafo 1 del artículo 63A de la Ley 270 de 1996¹⁷, el cual a su vez remite de manera expresa al artículo 18 de la Ley 446 de 1998¹⁸, dispone que las sentencias se deben dictar en el orden en el que los expedientes hayan ingresado al despacho, se le dará prelación al presente asunto, en atención a la facultad otorgada a las Altas Cortes del Estado por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010¹⁹, relativa a que «cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4o de la Ley 169 de 1896» se puedan decidir sobre casos similares que se encuentren en la etapa de dictar fallo, sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, ello, atendiendo a la jurisprudencia pacífica de esta Corporación en relación con la reliquidación de las cesantías del personal externo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹⁷ «ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

[...]

ARTÍCULO 63A. DEL ORDEN Y PRELACIÓN DE TURNOS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> <Artículo adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación.

Igualmente, las Salas o Secciones de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura podrán determinar motivadamente los asuntos que por carecer de antecedentes jurisprudenciales, su solución sea de interés público o pueda tener repercusión colectiva, para que los respectivos procesos sean tramitados de manera preferente.

Los recursos interpuestos ante la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, cuya resolución íntegra entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia, podrán ser decididos anticipadamente sin sujeción al orden cronológico de turnos.

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas o las Secciones del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura; las Salas de los Tribunales Superiores y de los Tribunales Contencioso-Administrativos de Distrito podrán determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio preferente de los proyectos de sentencia; para el efecto, mediante acuerdo, fijarán periódicamente los temas bajo los cuales se agruparán los procesos y señalarán, mediante aviso, las fechas de las sesiones de la Sala en las que se asumirá el respectivo estudio

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo en relación con la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se entenderá sin perjuicio de lo previsto por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998. [...].»

¹⁸ «Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. [...]

ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social.

La alteración del orden de que trata el inciso precedente constituirá falta disciplinaria. En estos casos, el Consejo Superior de la Judicatura o los Consejos Seccionales, en lo de su competencia, solicitarán al Juez o Ponente la explicación pertinente para efectos administrativos y disciplinarios. El Consejo Superior de la Judicatura o los Consejos Seccionales obrarán de oficio o a petición de quienes hayan resultado afectados por la alteración del orden.»

¹⁹ «Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.

[...]

ARTÍCULO 115. Facúltese a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4o de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.»

20. Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida en primera instancia y sin que se evidencien vicios que acarreen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad por parte del órgano judicial, se procederá a plantear el siguiente:

Problema jurídico:

21. Establecer cuándo se hizo exigible el derecho del actor a reclamar la reliquidación de las cesantías correspondientes a la anualidad de 2003, y en consecuencia, determinar si respecto de aquella operó el fenómeno de prescripción.

22. Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala se ocupará de analizar: i) la postura de esta Corporación frente a la exigibilidad de la reliquidación de las cesantías con base en el salario realmente devengado de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores; y (ii) solución al caso en concreto.

Postura del Consejo de Estado frente a la exigibilidad de la reliquidación de las cesantías con base en el salario realmente devengado de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

23. Esta Corporación en sentencias de 21 de junio²⁰ y 20 de septiembre de 2018²¹, previo a un estudio realizado de la evolución normativa que reguló la liquidación de las cesantías de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores y a un análisis jurisprudencial efectuado por el Consejo de Estado sobre el tema, determinó que el derecho de dichos empleados de solicitar la reliquidación de la prestación social surgió a partir de la expedición de la sentencia C-535 de 2005, que declaró la inexecutable del artículo 57 del Decreto 10 de 1992, la cual consagró que *“Las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, a excepción de los administrativos locales, se liquidarán y se pagarán con base en las*

²⁰ Subsección B, Rad. 2013-00289-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²¹ Subsección B, Rad. 2012-01850-01., C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores.”

24. En efecto, el máximo órgano de lo contencioso administrativo, considero:

“ (...)

39. Así las cosas, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 57 ibídem al considerar que era inconstitucional, por cuanto al disponer que la cotización y liquidación de la pensión de los funcionarios de la planta externa del ministerio se hace con base en un salario que no corresponde al realmente devengado, estableció un trato distinto entre categorías de funcionarios iguales, lo que en consecuencia es discriminatorio, desconoce los principios de dignidad humana e igualdad, y vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social.

40. En dicha providencia, la Corte no moduló los efectos de la declaratoria de inexecutable del artículo 57 del Decreto 10 de 1992; sin embargo, es evidente que la disposición que permite la liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios de la planta externa con el salario percibido en el cargo equivalente en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, es desde su creación, desconocedora de los derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, entre otros, razón por la cual, es viable que en las situaciones que quedaron en firme durante la vigencia de la disposición anulada se aplique la excepción de inconstitucionalidad²², en aras de no permitir la existencia de situaciones inconstitucionales que puedan afectar derechos fundamentales.

(...)

43. De las normas expuestas en precedencia, se establece que de conformidad con los artículos 57²³ del Decreto 10 de 1992 y 65²⁴ y 66²⁵ del Decreto 274 de 2000, las liquidaciones de las prestaciones sociales de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores se realizaban con base en el salario equivalente al percibido por el personal de planta interna, por lo que en principio la entidad demandada obró **conforme a las normas vigentes dentro del ordenamiento jurídico.**

²² « La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.» Sentencia SU 132 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

²³ « 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.»

²⁴ ARTÍCULO 65. El ingreso base de cotización a los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales del sistema de seguridad social integral, de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, se regulará así: a. Cuando por virtud de la alternación o de comisiones, excepto la de servicios, el funcionario se encuentre en el exterior, el ingreso base de cotización será la asignación básica mensual que le correspondiere al funcionario en planta interna, salvo lo previsto en el literal d. del artículo 64 de este estatuto.

b. Cuando por virtud de la alternación o de comisiones, excepto la de servicios, el funcionario se encuentre en el país, el ingreso base de cotización será el determinado por el artículo 1o. del Decreto 1158 de 1994 o por las normas que lo modifiquen, adicionen o deroguen.

²⁵ «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.»

44. Del acápite precedente, también se puede evidenciar que dichas disposiciones al transgredir los derechos fundamentales como la igualdad y el mínimo vital y principios tales como la primacía de la realidad sobre las formas, fueron declaradas inexecutable, máxime cuando el Gobierno Nacional excedió las facultades que le fueron otorgadas por la Constitución Política, al regular a través del Decreto Ley 274 de 2000 el régimen salarial y prestacional de los funcionarios de la planta externa, lo cual era materia exclusiva del legislador.

45. Por lo anterior, la liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones que contaban con regulaciones especiales desaparecieron dentro del ordenamiento jurídico con la expedición de las sentencias C-292 de 2001 y C-535 de 2005²⁶, en especial esta última que anula el artículo 57 del Decreto 10 de 1992, vigente a partir de la inexecutable de los artículos 65 y 66 *ibidem*, que lo habían derogado.

46. Lo anterior, implica que durante el periodo laboral del demandante, la vigencia de las normas por las cuales se regía le impedían reclamar la reliquidación con base en el salario realmente devengado, **por lo que es partir de la remoción de dichas disposiciones que surge el derecho** del actor de obtener una reliquidación de sus prestaciones económicas en las condiciones que el pretende. En ese orden, si bien es cierto el alegato de las partes cuando señalan que la Sentencia C-535 de 2005 tiene efectos *ex nunc*, es decir hacia futuro, también lo es que resulta procedente declarar la denominada excepción de inconstitucionalidad para darle prevalencia a la interpretación constitucional y evitar la existencia de situaciones que puedan afectar derechos fundamentales, como es el caso del asunto, pues el artículo 57 *ibidem* fue desde su creación desconocedor de los mandatos constitucionales.”

(...)

De lo expuesto, se observa que la jurisprudencia de esta Corporación ha coincidido en señalar que cuando surge un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico como consecuencia de la declaratoria de nulidad de una disposición que durante su vigencia le impedía al interesado el reconocimiento de lo pretendido, es a partir de la expedición de la sentencia de inexecutable que se hace exigible para el empleado el derecho de reclamar, en este caso específico, la reliquidación de sus prestaciones sociales. Adicional a ello, que en el evento en que la Corte Constitucional no module retroactivamente los efectos de dichas providencia, es procedente declarar la excepción de inconstitucionalidad sobre las disposiciones que desde sus inicios son inconstitucionales, en aras de evitar situaciones en las que se produzcan efectos jurídicos sobre los empleados desconociendo derechos fundamentales.

25. Como puede observarse del aparte citado, esta Corporación ha establecido que el derecho a reclamar la reliquidación de las cesantías de los funcionarios de la planta de personal externa del Ministerio de Relaciones Exteriores surgió a partir de la declaratoria de inexecutable del artículo 57

²⁶ M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

del Decreto 10 de 1992, mediante la sentencia C-535 de 2005, pues fue cuando se sacó dicha disposición del ordenamiento jurídico, que surgió un hecho nuevo que le generó a los mencionados empleados la expectativa legítima de mejoramiento de las cesantías, a la cual no podían acceder durante la vigencia de la norma señalada.

26. Ahora, si bien la parte demandante considera que la exigibilidad de su derecho no puede surgir a través de la expedición de dicha sentencia, en tanto ello, sería desconocer la obligación de la administración de liquidarle las cesantías conforme a sus pretensiones, lo cierto, es que para la época en que se causó la prestación social por la anualidad de 2003, el ente público demandado obró conforme a las normas vigentes, de tal forma, que es el demandante a quien le asiste la carga procesal de reclamar dentro de las oportunidades legales los derechos que cree le asisten, so pena de soportar consecuencias adversas que pueden culminar en la extinción del derecho.

Análisis del caso concreto.

27. Establecido a partir de cuando surgió el derecho de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a la reliquidación de sus cesantías, corresponde a esta Sala determinar si sobre aquellas operó la prescripción. Para ello, se relacionarán las pruebas relevantes para la decisión aportadas con la demanda y su contestación, así:

- Con la demanda, se aportó certificación de 20 de noviembre de 2013²⁷, por la cual, el director de talento humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, informa que el señor Daje Barguil, laboró en dicha entidad, desempeñando los siguientes cargos:

NOMBRAMIENTO	CARGO	PERIODO
Decreto 2999 de 6/12/02	Representante Permanente Alterno con Categoría de Embajador, Grado Ocupacional 7 EX, de la Misión Permanente de Colombia ante la Organización de la Naciones	14/01/03 – 04/05/05

²⁷²⁷ Folio 10.

	Unidas en Nueva York.	
Decreto 1336 de 28/04/05	Cónsul General, Grado Ocupacional 4EX, en el consulado general de Colombia en Londres.	17/05/05 – 27/08/06

- Obra en el expediente, certificación GNP 1907-F de 26 de noviembre de 2013²⁸, suscrita por la Coordinadora de Nómina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, en la cual se hace constar i) que el señor Dajer Barguil, laboró en dicha entidad desde el 14 de enero de 2003 al 4 de mayo de 2005 y desde el 17 de mayo de 2005 al 27 de agosto de 2006; y ii) que en la anualidad de 2003, se le liquidó y reportó la suma de \$4.487.598 por concepto cesantías.

- Igualmente, dentro del plenario aportado con la demanda, se encuentra copia de la petición²⁹ elevada por el demandante el 8 de noviembre de 2013 ante la entidad demandada, con el objeto solicitar la reliquidación y pago de las diferencias *“de los aportes al auxilio de cesantías realizados al Fondo Nacional del Ahorro por los periodos que prestó sus servicios en el exterior, con base en el salario realmente devengado y no el equivalente en la planta externa, hasta el año 2003 (...).”*

- La anterior petición fue desatada desfavorablemente por el director de talento humano del ente público demandado, mediante Oficio S-DITH-13-048007 de 28 de noviembre de 2013³⁰, al considerar que la prestación social fue oportunamente reconocida y pagada, conforme a la normatividad vigente para la época en que se causó.

- En virtud de la solicitud efectuada en el auto admisorio, el Ministerio de Relaciones Exteriores, allegó certificado del 29 de marzo de 2016³¹, expedido por la jefe de oficina asesora jurídica del Fondo Nacional del Ahorro, en el cual se hace constar que el actor efectuó dos retiros definitivos de cesantías, así:

²⁸ Folios 8 y 9.

²⁹ Folios 11 a 13.

³⁰ Folios 3 a 7.

³¹ Folio 117.

Número de orden de pago	Beneficiario del pago	Fecha de giro	Valor a pagar
599579 ³²	Gustavo Antonio Dajer Borquíl	Septiembre-13-2006	\$42.948.326.69
622038 ³³	Gustavo Antonio Dajer Borquíl	Diciembre-05-2006	\$12.513.046.81

28. De las pruebas documentales aportadas, observa la Sala que el demandante laboró en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 13 de enero de 2003 al 4 de mayo de 2005, en el cargo de Representante Permanente Alterno con Categoría de Embajador, Grado Ocupacional 7 EX, de la Misión Permanente de Colombia ante la Organización de la Naciones Unidas en Nueva York y que finalmente se retiró del servicio el 27 de agosto de 2006, cuando se desempeñaba en dicha entidad como Cónsul General, Grado Ocupacional 4EX, en el consulado general de Colombia en Londres.

29. Que en virtud de su retiro definitivo del servicio el 27 de agosto de 2006, el ente público demandado, le reconoció las cesantías definitivas cuyo retiro fue efectuado por el demandante en dos oportunidades i) 13 de septiembre de 2006 y ii) 05 de diciembre de 2006, de lo que se colige que a partir de dicha fecha tuvo conocimiento de cómo le fue liquidada la prestación social.

30. Igualmente se observa, que en atención a la petición elevada por el demandante el 8 de noviembre de 2013, la entidad accionada profirió certificación de fecha 26 del mismo mes y año, en la que le informa al actor el valor sobre el cual se reportó y liquidó las cesantías del año 2003. Se resalta que dentro del plenario no obra prueba del acto que liquidó las cesantías por el periodo reclamado, ni de la constancia de notificación del mismo.

31. En ese sentido, se tiene que el demandante pretende la reliquidación de las cesantías por la anualidad de 2003 con base en el salario realmente devengado en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores durante dicho periodo, sin que pueda alegarse que sobre aquella operó la prescripción del derecho, por cuanto, el acto que le liquidó la prestación

³² Folio 119-

³³ Folio 120.

social no le fue notificado, por lo tanto, el mismo al ser ineficaz nunca se hizo exigible.

32. Al respecto, considera la Sala que aceptar la premisa arriba señalada implicaría que no le es aplicable al demandante el fenómeno extintivo que contempla el artículo 41 de Decreto 3135 de 1968³⁴, pues la norma en cita condiciona su configuración a partir de la exigibilidad del derecho pretendido; no obstante, es necesario precisar que el cargo formulado por el demandante consistente en la ineficacia de tales actos no es de recibo, por cuanto la falta y/o indebida de notificación no implica necesariamente que los interesados no conozcan ni se hayan enterado por otros medios de las decisiones allí contempladas, de manera que ejercieran la impugnación en la oportunidad legal.

33. Ahora si bien, es cierto que el demandante considera que la notificación por conducta concluyente no reemplaza la comunicación en debida forma del acto administrativo que liquida la prestación social, también lo es, que ello es una mera interpretación del mismo sobre como se debe analizar y/o resolver su situación, sin que por ello, esta Sala se encuentre obligado a acoger el mismo criterio, máxime cuando esta Corporación en sentencia de 30 de noviembre de 2017³⁵, sostuvo que el fenómeno extintivo de las cesantías anualizadas se hace exigible por regla general, a partir de la notificación del acto de reconocimiento, salvo que con ocasión del retiro del servicio, el empleado conozca el valor de estas, caso en el que se iniciará la oportunidad a partir de la cual podrá reclamar su reajuste.

34. Así las cosas, en el *sub judice*, se observa que el señor Dajer Barguil, se desvinculó del Ministerio de Relaciones Exteriores en dos ocasiones, i) el 4 de mayo de 2005; y ii) el 27 de agosto de 2006, y que en virtud de ello, efectuó un retiro definitivo de sus cesantías por el tiempo laborado, el 13 de septiembre y el 5 de diciembre de 2006, es decir que desde dichas fechas el

³⁴ «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.
[...]

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»

³⁵ Consejo de Estado – Sección segunda – Subsección B, Sentencia de 30 de noviembre de 2017, dentro del proceso con Rad. 2012-00921-01 (2438-2014), C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

demandante tuvo conocimiento de que sus prestaciones sociales por la anualidad reclamada (2003) le fueron liquidadas con base en el salario asignado para su cargo en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, y no el correspondiente al de la planta externa, de tal forma en principio se podría establecer que a partir de esos momentos su derecho se hizo exigible y por tanto, le correspondía la carga de reclamar la reliquidación pretendida dentro de la oportunidad prevista por el legislador.

35. No obstante lo anterior, en el caso en concreto, la omisión del empleador de notificar en debida forma la liquidación de las cesantías para el año 2003, no es necesaria para determinar a partir de cuándo se hizo exigible el derecho del actor a obtener la reliquidación conforme al salario realmente devengado, pues tal como se observa de la certificación GNP 1907-F de 26 de noviembre de 2013 que obra a folio 8 del expediente y de conformidad con lo expuesto acápite precedentes, la prestación social le fue reconocida por la administración de acuerdo con las normas vigentes al momento en que se causó, y fue solo hasta la declaratoria de inexequibilidad de dicha disposición mediante la sentencia C-535 de 2005³⁶, que surgió para los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores un hecho que le generó la expectativa de obtener un reajuste por concepto del referido emolumento, pues se itera, durante la vigencia del artículo 57 del Decreto 10 de 1992, el interesado se encontraba impedido para solicitar una reliquidación en los términos pretendidos a través del presente medio de control.

36. En otras palabras, es a partir de la expedición de la sentencia C-535 de 2005 que se hace exigible la reliquidación de las cesantías correspondiente a la anualidad de 2003 con base en el salario realmente devengado. Ahora, el demandante aduce, que la mencionada prestación social no se encuentra sujeta al término prescriptivo previsto por el legislador, no solo porque la norma que lo consagra no extendió sus efectos a la prerrogativa laboral en mención, sino que tampoco lo prevén las disposiciones que regulan esta última, sin que pueda por analogía aplicarse el término extintivo del derecho previsto en otras disposiciones, en tanto al ser un emolumento de orden laboral, las normas que limitan o restringen derechos de tal carácter son de

³⁶ M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

aplicación restringida, por ende, ante dos interpretaciones, debe prevalecer la más favorable.

37. Al respecto, resalta la Sala que esta Corporación en atención a las diversas posturas que existían respecto a la aplicación del término extintivo sobre las cesantías, resolvió unificar jurisprudencia mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, en la cual, sobre el punto señaló:

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

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

En los anteriores términos se precisa que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno.”

39. De la cita transcrita, se desprende que durante la vigencia de la relación laboral no es posible someter las cesantías al término prescriptivo, no obstante tal situación no se puede predicar de las cesantías definitivas, pues una vez se produce el retiro del servicio el interesado adquiere el derecho a que las mismas le sean reconocidas y pagadas dentro de los términos previsto por el legislador y si bien es cierto, el demandante pretende aducir que el mencionado fenómeno no resulta aplicable porque las normas que lo regulan no extienden sus efectos al reclamo oportuno o no de la prerrogativa laboral, lo cierto es que las cesantías son una prestación unitaria y no periódica tal como lo ha manifestado esta Subsección mediante Auto de 26 de octubre de 2017³⁷ y por tanto, en virtud de su naturaleza no es posible que la reclamación pueda efectuarse en cualquier tiempo, sino que por el contrario, está sujeta a los plazos extintivos previstos en el ordenamiento jurídico.

³⁷ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, Auto de 26 de octubre de 2017, Rad. 2015-00512-010 (3040-2016), C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

40. Ahora, reconoce la Sala conforme lo expone la parte demandante, que fáctica y jurídicamente la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 no se acompasa al presente caso, no obstante los razonamientos en ella expuestos sobre la aplicación del término prescriptivo a las cesantías definitivas es pertinente para resolver el sub júdice, si se tiene en cuenta que la prestación social que reclama el demandante se tornó de tal carácter, al haberse producido un retiro definitivo del servicio el 27 de agosto de 2006.

41. Adicional a ello, se resalta que las reglas jurisprudenciales fijadas en la sentencia de unificación CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016 son de obligatoria observancia en tanto dicha providencia no condicionó la aplicación de sus efectos a ninguna circunstancia particular y por tratarse de un pronunciamiento expedido atendiendo lo previsto por el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, debe aplicarse en el caso sub judice como en aquellos pendientes de decisión en sede judicial³⁸, criterio que ha sido expuesto en múltiples decisiones de unificación por la Sección Segunda de esta corporación.

42. En ese orden de ideas, se tiene que el derecho del demandante a solicitar el reajuste de las cesantías correspondientes a la anualidad de 2003 con base en el salario realmente devengado en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, surgió con la declaratoria de nulidad del artículo 57 del Decreto 10 de 1992 mediante C-535 sentencia de fecha 24 de mayo de 2005, por lo que a partir de dicha data, el actor contaba con 3 años para reclamar, observándose que presentó petición el 8 de noviembre de 2013, esto es, aproximadamente 8 años después de la promulgación del fallo en mención, de lo que se colige que operó la prescripción total del derecho conforme lo establece el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.³⁹

43. Finalmente, frente a la aplicación del principio de favorabilidad, considera la Sala que en el sub júdice no se dan los presupuestos para tal efecto, pues

³⁸ Así se señaló recientemente en las sentencias de unificación CE-SUJ2-016-19 del 30 de mayo de 2019 y la dictada dentro del proceso 2012-00143-01 del 28 de agosto de 2018, entre otras.

³⁹ «Por el cual se reglamenta el Decreto [3135](#) de 1968

[...]

Artículo 102º.- *Prescripción de acciones.* Las acciones que emanan 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. 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.»

no se observa que se configure una conflictividad de disposiciones aplicables o una dualidad de interpretaciones de una misma disposición normativa, entre las cuales, el juez debía determinar el precepto que conllevara mayor favorabilidad al empleado, pues es claro que en virtud de la naturaleza de las cesantías, a las mismas les resulta aplicable el término extintivo previsto por el legislador.

44. Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia proferida el 8 de junio de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, mediante la cual se declaró probada la excepción de prescripción del derecho.

45. En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 8 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, mediante la cual se declaró probada la excepción de prescripción del derecho, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS