



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03446-01 (1367-2020)
Demandante: María Paulina Espinosa de López

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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-42-000-2016-03446-01 (1367-2020)
Demandante: MARÍA PAULINA ESPINOSA DE LÓPEZ
Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Temas: Apelación de auto. Excepción de prescripción extintiva.

AUTO SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

Interlocutorio O-2020

ASUNTO

El Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 11 de diciembre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través del cual declaró probada la excepción de prescripción extintiva y dio por terminado el proceso.

ANTECEDENTES

Pretensiones (folios 13 a 30):

La señora María Paulina Espinosa de López presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de solicitar lo siguiente:

«PRIMERA: Que se declare la nulidad del Oficio S-GAPTH-16-026909 del 17 de marzo de 2016, suscrito por el Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores mediante el cual se dio respuesta al Derecho de Petición elevado por la demandante el 26 de febrero de 2016 por medio del cual solicitó a dicha entidad el reconocimiento, liquidación 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 7 de Junio de 1982 hasta el 7 de enero de 1983; entre el 28 de enero de 1983 hasta el 30 de enero de 1984 y desde el 31 de enero de 2003 hasta el 23 de febrero del 2005 liquidadas con base en el salario realmente devengado.

SEGUNDA: A título de restablecimiento del derecho, se produzcan las siguientes condenas a favor de mi representado y en contra de la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores:



1.- Que se reconozca, liquide y pague a MARÍA PAULINA ESPINOSA DE LÓPEZ, las cesantías a que tiene derecho, como consecuencia de su vinculación como funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores, durante el tiempo que laboró en el servicio exterior entre el 7 de Junio de 1982 hasta el 7 de enero de 1983; el 28 de enero de 1983, hasta el 30 de enero de 1984 y desde el 31 de enero de 2003 hasta el 23 de febrero del 2005 liquidadas con base en el SALARIO REALMENTE DEVENGADO POR MI PODERDANTE EN PLANTA EXTERNA, y no el equivalente a un cargo en planta interna.

2.- Se reconozca, liquide y pague al fondo nacional del ahorro y al Instituto de Seguros Sociales las diferencias dejadas de pagar por concepto de aportes al Sistema General de Pensiones que el Ministerio de Relaciones Exteriores estaba obligado a pagar a dicha entidad de previsión social durante todo el tiempo en que mi poderdante estuvo vinculado laboralmente, los cuales debieron ser liquidados con base en el SALARIO REALMENTE DEVENGADO EN PLANTA EXTERNA por el demandante, y no el equivalente en planta interna¹.

3.- Se reconozca y pague a mi representado, las sanciones e indemnizaciones moratorias a que tiene derecho, toda vez que el Ministerio no le liquidó ni canceló de manera correcta ni oportuna, las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales.

4.- Que se reconozca y pague a MARÍA PAULINA ESPINOSA DE LÓPEZ el valor de los intereses moratorios sobre cada una de las sumas dejadas de pagar por los conceptos anteriormente relacionados, liquidados a la tasa máxima legal».

Excepciones propuestas (folios 65 a 68vto.)

El Ministerio de Relaciones Exteriores al contestar la demanda, propuso, entre otras, la excepción de prescripción del derecho en cabeza de la demandante para reclamar la reliquidación de sus cesantías. Explicó que con fundamento en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el 102 del Decreto 1848 de 1969, se prevé que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas, entre ellas, la de las cesantías y demás derechos laborales de los funcionarios del Estado, prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Indicó que, el derecho a reclamar la reliquidación del auxilio de cesantías se hizo exigible a partir del año 2005, fecha en la cual fue proferida la sentencia de la Corte Constitucional C-535, que evidenció la necesidad de reajustar la prestación de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores conforme al salario realmente devengado, por lo que la demandante tenía a partir de ese momento 3 años para hacer la solicitud de sus derechos laborales y como la misma se efectuó el 26 de febrero de 2016, ya habían pasado más de 3 años desde que la obligación se hizo exigible.

Precisó, igualmente, que si la prescripción trienal empieza a contarse desde la desvinculación de la demandante de la entidad, se tiene que laboró hasta el 23

¹ Esta pretensión fue desistida por la parte demandante durante el trámite de la audiencia inicial. Ver folio 188vto.



de febrero de 2005, cuando se presentó su desvinculación definitiva. Luego, toda vez que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se impetró casi 10 años después, se evidencia el fenómeno prescriptivo.

PROVIDENCIA IMPUGNADA (folios 230 a 235)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia del magistrado Luis Alfredo Zamora Acosta, a través de providencia del 11 de diciembre de 2019, en la etapa de excepciones previas de la audiencia inicial (art.180-6 CPACA), declaró probadas, para el asunto que ahora nos ocupa, las excepciones denominadas «prescripción del derecho en cabeza del demandante para reclamar la reliquidación de sus cesantías y prescripción trienal desde el pronunciamiento de fondo de la Corte Constitucional sobre la inexequibilidad de la figura de la equivalencia en cargos del servicio externo con el interno para efectos de la liquidación y pago de prestaciones sociales».

Arguyó que el término prescriptivo se contabiliza a partir de la última fecha de ocurrencia de las siguientes situaciones: i) la fecha de expedición de la sentencia C-535 de 2005, es decir el 24 de mayo de 2005, ii) la fecha de desvinculación del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Indicó que según la certificación donde se indican los periodos en que la demandante prestó sus servicios, los mismos se dieron con anterioridad a la fecha de expedición de la sentencia C- 535 de 2005, por lo que el término prescriptivo se computa desde el 24 de mayo de 2005. Así las cosas, concluyó, que la demandante podía ejercer su derecho para obtener la reliquidación de sus cesantías con el salario devengado en divisa con ocasión de su prestación de servicios en el extranjero hasta el 24 de mayo de 2008. Sin embargo, esto sólo ocurrió el 26 de febrero de 2016.

Señaló que el anterior argumento permitía declarar probadas las excepciones y dar por terminado el proceso, comoquiera que no restan pretensiones para estudiar, puesto que las demás, es decir, aquellas relacionadas con el reconocimiento del interés moratorio y la sanción moratoria, son accesorias al derecho principal, el cual, al encontrarse prescrito, impide que las restantes sean objeto de estudio.

RECURSO DE APELACIÓN (folio 235)

La parte demandante interpuso el recurso de apelación. Para el efecto, señaló:

«[...] Considero que, su señoría, no tomó en cuenta que también habían fallos anteriores, por parte del Consejo de Estado, que han dicho que la notificación de los actos es esencial para poder presentar recursos y para poder oponer (sic) oposición al contenido de los actos administrativos, ante eso por ejemplo, el consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, el 21 de octubre de 2011 ha dicho



que “no es razonable aplicar la prescripción trienal porque esta figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone en primer lugar, la evidencia de la exigibilidad y, en segundo lugar, la inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento, lo que traduce la mora en agotar la vía gubernativa, cuestiones que no ocurrieron en el presente asunto. Por lo tanto, el cargo formulado de la prescripción trienal no está llamada a prosperar”. A lo que se refería es a cuando no se ha notificado el acto no es posible atribuir la negligencia del empleador al trabajador quien no pudo haber opuesto (sic) ningún recurso ante los actos administrativos pues nunca le fueron notificados. En materia de actos administrativos en general la debida notificación hace estos actos oponibles ante terceros, en este caso como nunca le fue notificado es imposible empezar a contar un término, de la misma manera que se consideró para la caducidad se debería considerar para el tema de prescripción del derecho. [...]»

CONSIDERACIONES

Competencia

El Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 11 de diciembre de 2019 que declaró probadas las excepciones referidas a la prescripción extintiva y dio por terminado el proceso, de conformidad con el artículo 150, en concordancia con el 180 numeral 6.º del CPACA,

Así mismo, este auto se profiere por la subsección en virtud a que constituye uno de los eventos previstos en el numeral 3.º del artículo 243 del CPACA, en concordancia con el artículo 125 del mismo código.

Cuestión previa

La subsección advierte que según el artículo 125 del CPACA las decisiones a que se refieren los ordinales 1.º, 2.º 3.º y 4.º del artículo 243 ib. deben proferirse por la sala. La decisión recurrida que dio por terminado el proceso al declarar probada las excepciones referidas a la prescripción extintiva, fue dictada por el ponente, sin los demás magistrados que integraban la sala.

En ese sentido y conforme con la posición reiterada de esta subsección², cabe advertir que la situación mencionada constituye una irregularidad subsanable que no tiene el alcance de viciar lo actuado. En consecuencia, se estima procedente señalar que para los efectos del presente caso se encuentra subsanada la actuación del *a quo* en este aspecto, contenida en la providencia del 11 de diciembre de 2019.

² Ver providencia de la Sección Segunda, Subsección A del 18 de febrero de 2016 dentro del proceso con radicación 47001-23-33-000-2012-00043-01 (2224-2013) y auto del 26 de abril de 2018, radicación: 08001-23-33-000-2015-00009-01(3230-2016).



Problema jurídico.

El problema jurídico que debe resolverse en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

Como lo pretendido por la señora María Paulina Espinosa de López es la reliquidación de las cesantías definitivas con base en el salario realmente devengado en moneda extranjera, ¿operó el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho en el presente asunto?

La subsección sostendrá la siguiente tesis: De acuerdo con los presupuestos fácticos del caso concreto, operó el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho, toda vez que la demandante no reclamó dentro de los tres años contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible, con fundamento en los argumentos que a continuación se amplían.

Generalidades de la prescripción.

La prescripción es definida por la jurisprudencia como la acción o efecto de «[...] adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley “o en otra acepción” como concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo [...]»³. Dicho fenómeno hace alusión directa a la pretensión, esto es, al derecho, y constituye el término particular para adquirirlo o extinguirlo, es decir que, es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el sólo transcurso del tiempo, de acuerdo con las condiciones descritas en las disposiciones que para cada situación se dicten, bien sea en materia adquisitiva o extintiva⁴.

Sobre el particular esta corporación señaló:

«[...] La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración. [...] Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que: **“El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado.** [...] Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular;”. De acuerdo con lo anterior se tiene que la norma establece **para el ejercicio de los derechos un tiempo determinado dentro del cual se debe solicitar su ejecución**, y si transcurre dicho tiempo y no se solicitó, se traduce en la pérdida de interés

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2014, Radicado: 08001-23-31-000-2012-00339-01 (3404-2013).

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 4 de julio de 2013, Radicado: 11001-03-25-000-2012-00301-00 (1131-12).



para ejercerlo [...]»⁵ (subrayado del original y negrilla fuera de texto)

En efecto, la prescripción extintiva del derecho es una sanción a la inactividad prolongada e injustificada del titular del derecho para efectuar su reclamación. En materia laboral administrativa, la prescripción de derechos prestacionales de los empleados públicos está regulada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y complementariamente en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. Así las cosas, se colige que una vez se hace exigible un derecho, el titular del mismo cuenta con un lapso de tres años para solicitarlo y, el simple reclamo escrito interrumpe dicho término prescriptivo por otro período igual.

La Sección Segunda de esta corporación, en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016⁶, concluyó que las cesantías anualizadas son una prestación imprescriptible, mientras que las definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción. Veamos al respecto:

«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.».

Claramente, tal como lo consideró esta sección en la sentencia de unificación, cuando se trata de cesantías definitivas, están afectadas por el fenómeno prescriptivo, es decir, que una vez se hace exigible el derecho, el titular del mismo cuenta con un lapso de tres años para solicitarlo y, el simple reclamo escrito interrumpe dicho término prescriptivo por otro lapso igual.

Sobre la sentencia C-535 de 2005

Para el caso *sub examine* es necesario precisar que la sentencia proferida por la Corte Constitucional el 24 de mayo de 2005, declaró inexecutable el artículo 57

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto del 7 de septiembre de 2015 Radicado: 27001-23-33-000-2013-00346-01 (0327-2014); también, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de marzo de 2009, Radicado: 08001-23-31-000-2003-02500-01 (1134-2007).

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016. Radicación 080012331000201100628-01 (0528-14). Yesenia Esther Hereira Castillo.



del Decreto 10 de 1992, que contiene el Estatuto Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, el cual hacía referencia a la liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios de la planta externa del ministerio con fundamento en los salarios devengados por quienes desempeñaban cargos equivalentes en la planta interna.

En la declaratoria de inexecutable, la Corte Constitucional resaltó la inviabilidad de este tratamiento en la medida en que implicaba un desconocimiento del mandado 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 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 corresponde.

Puntualizado lo anterior y frente a los presupuestos del caso concreto, se advierte que la señora María Paulina Espinosa de López prestó sus servicios al Ministerio de Relaciones Exteriores, en los siguientes tiempos: i) del 7 de junio de 1982 al 27 de enero de 1983, ii) del 28 de enero de 1983 hasta el 31 de enero de 1984 y iv) desde el 31 de enero de 2003 hasta el 23 de febrero de 2005.

El 26 de febrero de 2016 solicitó, entre otros asuntos, la reliquidación de las cesantías definitivas, en atención al salario realmente devengado en moneda extranjera, petición que fue resuelta a través del oficio S-GAPTH-16-026909 del 17 de marzo de 2016, acto administrativo del cual pretende su nulidad.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la etapa de decisión de excepciones previas de la audiencia inicial, declaró probados los medios de defensa propuestos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, referidos a la prescripción extintiva del derecho y, en consecuencia, dio por terminado el proceso, al no evidenciar pretensiones con las cuales continuar el trámite judicial.

Bajo este contexto, como el asunto litigioso que ahora se estudia está relacionado con la reliquidación de las cesantías definitivas de la señora Espinosa de López, este derecho está sujeto al término prescriptivo de 3 años, contados a partir del momento en que se hizo exigible, es decir, que luego de pasado este período sin que la parte demandante efectuara reclamación en tal sentido, se extingue su derecho al presumirse su abandono.

Si bien es cierto la terminación definitiva del vínculo laboral de la demandante con el Ministerio de Relaciones Exteriores se dio el 23 de febrero de 2005, es de considerar que en el caso específico el término prescriptivo debe computarse a partir de la expedición de la sentencia C- 535 de 2005, esto es, el 24 de mayo de ese mismo año, por cuanto fue a partir de allí que surgió el derecho a la



reliquidación de las cesantías definitivas. En otras palabras, desde la declaratoria de inexequibilidad efectuada por la Corte Constitucional, la demandante quedó legitimada para reclamar la reliquidación de sus cesantías definitivas con el salario realmente devengado en moneda extranjera, expectativa que no tenía al momento de finalizar su relación laboral, pues el reconocimiento se realizó con las normas vigentes para ese momento, febrero de 2005.

Así las cosas, la señora María Paulina tenía hasta el 24 de mayo de 2008 para reclamar el derecho que consideraba le asistía y, como en el asunto bajo examen, la petición únicamente se elevó hasta el 26 de febrero de 2016, operó el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho, tal como lo consideró el *a quo*.

Tampoco es de recibo el argumento propuesto por la recurrente relacionado con que se aplique el planteamiento que el tribunal estudió frente a la excepción de caducidad, es decir, que al no haberse notificado el acto a través del cual se liquidaron las cesantías definitivas, no opera el término prescriptivo, pues, tal como se evidenció líneas atrás, el fenómeno extintivo del derecho se computa para el caso concreto, a partir de la fecha de la expedición de la sentencia C-535 de 2005. Además, las figuras jurídicas de caducidad y prescripción son diferentes, comoquiera que la primera es un presupuesto procesal para la interposición de la demanda dentro de un término regulado en la ley y, la segunda, tiene que ver con el derecho sustancial que se reclama al respecto.

Finalmente, con respecto a la cita jurisprudencial del doctor Gustavo Gómez Aranguren⁷ referenciada en el recurso de apelación, debe precisarse que si bien en el caso allí estudiado, según se lee, no se tuvo en cuenta el término prescriptivo ante la ausencia de notificación de los actos de las cesantías de los años 2000 a 2004, en el presente caso se tiene un punto de partida claro y contundente para computar este tiempo, es decir, la exigibilidad del derecho que reclama judicialmente la demandante se cuenta a partir de la expedición de la sentencia de la Corte Constitucional, como atrás se evidenció, dado que a partir de allí nació la expectativa para la señora Espinosa de López de solicitar la reliquidación de las cesantías definitivas en atención al salario realmente devengado. Lo anterior permite desatender la tesis de la recurrente.

En conclusión: De acuerdo con los presupuestos fácticos del caso concreto, operó el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho, por cuanto la demandante no presentó el reclamo, dentro de los tres años, desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de octubre de 2011 radicado: 25000-23-25-000-2005-04144-01 (1644-2008)



Decisión de segunda instancia

En atención a las consideraciones precedentes, se confirmará el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de diciembre de 2019, a través del cual declaró probadas las excepciones propuestas por el Ministerio de Relaciones Exteriores referidas a la prescripción extintiva del derecho y, dio por terminado el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó la señora María Paulina Espinosa de López, al no prosperar los argumentos del recurso planteado.

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

RESUELVE

Primero: Confirmar la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de diciembre de 2019, que declaró probadas las excepciones propuestas por el Ministerio de Relaciones Exteriores referidas a la prescripción extintiva del derecho y, dio por terminado el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó la señora María Paulina Espinosa de López.

Segundo: Realizar las anotaciones correspondientes y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la subsección en la sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la subsección en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con en el artículo 186 del CPACA.