



Libertad y Orden

JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sección Segunda

Carrera 57 No. 43-91 Edificio Sede Despachos Judiciales - CAN
Juez, CATALINA DIAZ VARGAS

Bogotá, D.C., 09 de octubre de 2017

"Sentencia N° 100 de 2017"
(Artículo 183 Ley 1437 de 2011)

Expediente: 11001-33-35-016-2014-00598-00
Demandante: MARÍA JOSÉ GARAY MOLANO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Tema: Reliquidación Cesantías de Empleado Diplomático

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

1- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La señora MARÍA JOSÉ GARAY MOLANO le solicita a esta Jurisdicción que declare la nulidad del Oficio S –DITH-14-007943 del 17 de febrero de 2014, a través del cual el Ministerio de Relaciones Exteriores le negó la reliquidación y el pago de sus cesantías y demás acreencias laborales causadas durante el tiempo que laboró en el servicio exterior, en los períodos del 6 de julio de 1977 hasta el 28 de mayo de 1979, como Mecanotaquígrafa Bilingüe 10 PA de la Embajada de Colombia en Washington, del 29 de mayo de 1979 al 31 de octubre de 1979 como 67Secretaria de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Estados Unidos y desde el 1° de noviembre de 1979 hasta el 20 de abril de 1983 como Secretaria (local) de la Embajada en Colombia en Washington, con base en el salario realmente devengado en la planta externa del Ministerio.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se condene a la Nación- Ministerio de Relaciones Exteriores a que le reconozca, reliquide y pague de forma indexada sus cesantías teniendo en cuenta el salario realmente devengado como funcionaria del servicio exterior de la entidad y no el equivalente a su par de planta interna, entre los años 1977 a 1983; que se condene a la entidad a que reconozca y pague la sanciones e indemnizaciones moratorias a que tiene derecho por el tardío pago la incorrecta forma

en que la entidad liquidó las cesantías de la actora, se reconozca y pague el saldo de los aportes para pensión y que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad (fls. 112).

En cuanto a los hechos narrados en la demanda, el Despacho deja constancia que se plantean los mismos que fueron aceptados por las partes en la fijación del litigio.

2. - NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la demanda invoca como normas violadas de rango constitucional los artículos 1, 13, 25, 29, 48, 53 y 93 y de orden legal la Ley 100 de 1993, el artículo 5 de la Ley 432 de 1998; Ley 640 de 2001, Ley 1285 de 2009; artículos 60 y 61 del Decreto 1950 de 1953; artículos 22, 25, 27, 28, 30, 31 y 32 del Decreto 3118 de 1968; artículo 18 del Decreto 3135 de 1968; artículo 14 del Decreto 162 de 1969; artículo 102 del Decreto 1848 de 1969; artículo 45 del Decreto 1045 de 1975; Decreto 10 de 1992; Decreto 1832 de 1994; Decreto 806 de 1998; artículo 19 del Decreto 1453 de 1998; Decreto 274 de 2000 y artículo 1º del Decreto 4414 de 2004.

Sostiene es la demanda que el acto administrativo que impugna es inconstitucional pues en él se indica que el salario base para liquidar las prestaciones de la accionante es el equivalente al de la planta de personal, cuando debe hacerse con los cargos que ocupaba en la entidad en la planta externa.

Sin tener en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 2005, cuando declaró la inexecutable del artículo 57 del Decreto Ley 10 de 1992, expresó que existe una violación al derecho fundamental a la igualdad cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores liquida y paga las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior haciendo una equivalencia con los de planta interna.

Sostiene que la cesantía es una prestación unitaria que se concreta al momento de la terminación de la relación laboral pero que conforme a la sentencia del 4 de noviembre de 2010 expediente 1496-2009 del Consejo de Estado, que sostiene que si no aparece probada la respectiva notificación, el demandante no podía impugnar el acto de liquidación, pues no tuvo oportunidad para discutir el monto de sus cesantías.

Tampoco ha operado la prescripción pues al no haber existido notificación del acto de las cesantías definitivas, no se cumplió con el requisito de firmeza y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado no podría correr el término de prescripción.

3. Oposición a la demanda por parte de la NACIÓN - MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES.

Dentro del término legal la entidad contestó la demanda con el memorial visible a folios 160-180 del expediente; se opuso a las pretensiones y sostuvo que las cesantías del demandante se liquidaron de conformidad con las normas que las regulaban que fue el Decreto 2016 de 1968.

Sostiene que las sentencias C-292 de 2001 y C-535 de 2005 no concedieron efectos retroactivos y por lo tanto de acuerdo con el artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, dichas sentencias tienen efectos solo hacia futuro a menos que el alto tribunal Constitucional disponga lo contrario, situación que no ocurrió con las citadas sentencias.

Igualmente la entidad hace alusión a la sentencia C-535 de 2005 y manifiesta que el momento de exigibilidad de la reliquidación del auxilio de cesantías de los funcionarios de carrera Diplomática y Consular en el Ministerio de Relaciones Exteriores debe empezarse a contar a partir de la expedición de la citada sentencia y en vista de lo anterior, la accionante reclamó hasta el 10 de diciembre de 2013, es decir, cuando ya habían pasado más de 3 años a partir del momento en que su derecho se hizo exigible, esto es, 24 de mayo de 2005.

Afirma que la accionante interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho 20 años después de su desvinculación, por lo anterior, se evidencia que aplica el fenómeno extintivo de la prescripción pues ya transcurrieron los 3 años de que trata el Decreto 1848 de 1969 para ejercer el derecho a reliquidar las cesantías y respecto a la solicitud de pago de los aportes para pensión, la entidad no se pronunció en sede administrativa toda vez que la accionante es dicha oportunidad no lo solicitó.

Sostiene que el Ministerio de Relaciones Exteriores liquidó y pago a Fondo Nacional del Ahorro las cesantías causadas por la actora durante todo el tiempo que estuvo vinculado a la entidad en la planta externa, (1977 a 1983) tuvo conocimiento de todos los actos de liquidación a los cuales les fue aplicada la normatividad vigente para la época en que se causaron y además el actor tuvo conocimiento de las mismas y el 25 de septiembre de 2014, fecha de presentación de la demanda, ya se encontraba caducada la acción.

4.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. Problema jurídico

El problema jurídico se concreta en establecer si la demandante, en su calidad de empleado de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores entre 1977 a 1983, tiene derecho a la reliquidación de sus cesantías y demás prestaciones con base en lo realmente devengado y no la asignación del cargo equivalente en el servicio interno, en

aplicación de la sentencia C-535 de 2005, mediante la cual se declaró inexecutable el artículo 57 del Decreto Ley 10 de 1992 que no tiene efectos retroactivos y teniendo en cuenta que el régimen de las cesantías aplicables a la accionante fue el Decreto 2016 de 1968.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas y normativas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

4.2. Pruebas que obran en el expediente

Se relacionan las siguientes pruebas, en las que estuvieron de acuerdo las partes:

1. Según la certificación del 14 de enero de 2014 proferida por la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, la señora MARÍA JOSÉ GARAY MOLANO laboró al servicio de dicha entidad en los períodos del 6 de julio de 1977 hasta el 20 de abril de 1983 y desde el 11 de agosto de 1987 hasta el 30 de agosto de 1989 y el último cargo desempeñado fue el de Tercer Secretario, Grado Ocupacional 1 EX (Original de la certificación obra a folios 9- 10 del expediente).

Según la misma certificación la señora MARÍA JOSÉ GARAY MOLANO en el Ministerio de Relaciones Exteriores se desempeñó en los siguientes cargos:

- Mecanotaquígrafa Bilingüe No, 10 PA, en la Embajada de Colombia en Washington (Estados Unidos), nombrada mediante Resolución 784 del 21 de junio de 1977 desde el 6 de julio de 1977 hasta el 28 de mayo de 1979.
- Secretario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Estados Unidos, nombrada mediante Resolución No. 774 del 21 de mayo de 1979, desde el 29 de mayo de 1979 hasta el 31 de octubre de 1979.
- Se promovió al cargo de Secretaria (local) de la Embajada de Colombia en Washington, mediante Resolución No. 2030 del 31 de octubre de 1979 y tomó posesión desde el 1 de noviembre de 1979 hasta el 20 de abril de 1983.
- Finalmente, desempeñó el cargo de Tercer Secretario, grado ocupacional 1 EX, de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos, desde el 11 de agosto de 1987 hasta el 30 de agosto de 1989.

2. A folios 15 a 21 del expediente obran en fotocopias autenticadas por la entidad las actas de liquidación de las cesantías del accionante de los siguientes años:

- Acta de liquidación de las cesantías en el período comprendido entre el 6 de julio al 31 de diciembre de 1977 (folio 15), (con firma de notificación)
- Acta de liquidación de las cesantías en el período comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1978 (folio 16), debidamente notificada.
- Acta de liquidación de las cesantías en el período comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1979 (folio 17), debidamente notificada.
- Acta de liquidación de las cesantías en el período comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1980 (sin firma de notificación del accionante – folio 18).
- Acta de liquidación de las cesantías en el período comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1981 (sin firma de notificación del accionante – folio 19).
- Acta de liquidación de las cesantías en el período comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1982 (folio 20), debidamente notificada.
- Acta de liquidación de las cesantías en el período comprendido entre el 1 de enero al 20 de abril de 1983 (folio 21), debidamente notificada.
- Acta de liquidación de las cesantías en el período comprendido entre el 11 de agosto al 31 de diciembre de 1987 (fl. 198), notificada al accionante el 12 de octubre de 1990.
- Acta de liquidación de las cesantías en el período comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1988 (fl. 199) notificada al accionante el 12 de octubre de 1990.
- Acta de liquidación de las cesantías en el período comprendido entre el 1 de enero al 4 de septiembre de 1989 (fl. 200), notificada al accionante el 12 de octubre de 1990).

3. A folio 201 reposa la certificación que el Fondo Nacional de Ahorro No. 097993 del 2 de octubre de 1989, por concepto de cesantía definitiva y expedida por el Fondo y por el período laboral del 11 de agosto de 1987 al 4 de septiembre de 1989, firmada por la actora.

4. De la certificación que figura a folios 209 a 213 del expediente proferida el 6 de agosto de 2009 por la Coordinadora de Nóminas y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores se verificó la asignación básica pagada en dólares al accionante desde 1977 al mes de agosto de 1989, con la respectiva tasa de cambio aplicada, el equivalente en pesos colombianos a la asignación básica pagada y el sueldo equivalente al cargo de la planta interna de la entidad.

5. A folios 249 a 252 del expediente reposa fotocopia original de unas peticiones dirigidas a la Ministra de Relaciones Exteriores, radicadas en la entidad accionada el 23 de diciembre de 2013 bajo los Nos. 079113.1 y 079112.0, en las cuales la accionante solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías y de todas las prestaciones sociales a que tiene derecho como empleada en el servicio exterior al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores con base en el salario realmente devengado y no el equivalente al cargo de planta interna de la entidad. En la misma petición también solicitó el reconocimiento y pago de las sanciones e indemnizaciones moratorias, por cuanto considera que la entidad no le liquidó y pagó de manera oportuna ni correcta las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales. Copia de esta petición con sello de recibido en la entidad obra a folios 2 a 3 del expediente.

6. Mediante el Oficio N° S-DITH-14-007943 del 17 de febrero de 2014 –acto acusado-, la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, resolvió desfavorablemente la anterior petición bajo el argumento que “(...) es pertinente aclarar que la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-535 del 24 de mayo de 2005, declaró inexecutable el artículo 57 del Decreto 10 de 1992. De igual manera, la citada Corporación a través de sentencia C-292 de 2001 declaró inexecutable el artículo 66 del Decreto Ley 274 de 2000, cuyos efectos, en las situaciones falladas por tales sentencias rigen hacia futuro, no tienen efectos retroactivos, a menos que las mismas lo señalen expresamente. (...) En cuanto a su petición, en relación con el reconocimiento, re liquidación (*sic*) y pago a su mandante de las prestaciones sociales y en general a todos los emolumentos laborales a que tiene derecho, indexados y con los intereses moratorios (...) al respecto me permito indicarle que el Ministerio reconoció, liquidó y pagó de manera correcta y oportuna dichas prestaciones económicas y demás emolumentos, conforme a la normatividad vigente para la época en que se causaron (el artículo 76 del Decreto 2016 de 1968), se reitera, razón por la cual no es posible la reliquidación, reconocimiento, indexación, intereses moratorios, sanciones, ni el pago de saldo alguno por tales conceptos y corresponde a la autoridad competente determinar si hay lugar o no a dicho pago (...)” (original de la respuesta figura a folios 4 a 8 del expediente).

7. No se allegó al expediente acta de liquidación de las cesantías definitivas por los años 1977 a 1983 (primer período laborado).

8. Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas con la demanda y con la contestación de la demanda.

4.3. Alegatos de conclusión en audiencia inicial

4.3.1.- *Alegatos de la parte demandante:* el apoderado de la parte demandante sostuvo que la entidad demandada no allegó acta de liquidación de las cesantías definitivas de la accionante por el período del 1977 a 1983 en el cual conste el acuso de recibo de dicho acto, por lo cual la accionante no se notificó de dicha actuación administrativa. Sostiene además, que el artículo 30 del Decreto 3118 de 1968 dispone que las liquidaciones de las cesantías deben notificarse personalmente a los empleados públicos y si las encuentran ajustadas deberán suscribirlas en señal de asentimiento.

El apoderado trae a colación sentencias del Consejo de Estado de fecha del 3 de marzo de 2011¹ contra el Ministerio de Relaciones Exteriores mediante las cuales se acceden a las pretensiones de la demanda toda vez que no se notificó del acto administrativo de las cesantías definitivas y no se le dio la oportunidad al trabajador de oponerse y discutir el monto de dichas cesantías, por ello tampoco podía correr en su contra ningún término prescriptivo. Solicita acceder a las pretensiones de la demanda y que se reliquide y pague las cesantías y su debida mora.

4.3.2.- *Alegatos de la parte demandada:* comienza pro efectuar un recuento de los hechos de la demanda y resaltó que el Ministerio se ciñó a las normas que regulaban la liquidación del auxilio de cesantías y por eso dicho Ministerio las liquidó y pago con el salario que devengaba un empleado de la planta interna ajustándose a la norma que se encontraba vigente, por lo que la entidad actuó conforme a la ley y no de mala fe, dicha norma fue declarada inexecutable mediante sentencia C-535 de 2005 pero no le dio efectos retroactivos a las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la expedición de dicha sentencia. Respecto a la prescripción sostiene que acaece en dos momentos; a partir de que se profirió la sentencia C-535 del 24 de mayo de 2005 la accionante tenía tres años para acudir a la jurisdicción administrativa y no lo hizo, solo hasta diciembre de 2013 elevó petición habiendo transcurrido más de tres años previstos en la norma, sostiene que es a partir de cada una de las desvinculaciones de la señora María José Garay Molano, dado que, como lo ha reiterado la jurisprudencia, al ser una prestación unitaria se hace exigible con el retiro del servicio.

Manifiesta que las sentencias a que hace referencia el apoderado de la parte demandante, son casos en que los servidores se encontraban activos en el servicio, luego no se le podía aplicar el término prescriptivo porque aún no había sido exigible su derecho y en el caso específico de la señora María José Garay Molano está solicitando la reliquidación de sus cesantías entre el año 1977 a 1983 y al haberse desvinculado en ese año, causó el derecho y era exigible tres años después de su desvinculación, por lo

¹ Radicado No. 2006-06288-02 y Radicado No. 2006-6287

anterior, concluyó que si la accionante realizó casi 24 años después de su última desvinculación la petición en sede administrativa, el derecho se encuentra prescrito.

Finalmente, la entidad manifiesta que la accionante si tuvo conocimiento del monto que le consignó el Ministerio de Relaciones Exteriores por concepto de Cesantías, pues como se observa en el plenario las actas anuales de liquidación de las Cesantías fueron notificadas. Adicionalmente, la accionante también tuvo conocimiento del monto de las cesantías al momento que realizó el retiro en el Fondo Nacional del ahorro el 7 de diciembre de 1983. Por lo anterior, la pretensión de la accionante está totalmente prescrita. Respecto a los aportes para pensión manifiesta que se liquidaron de acuerdo a la Ley 6 de 1945, Ley 4 de 1966 y Decreto 1089 de 1983 los cuales establecían los montos del aporte que tenía a cargo los empleadores del nivel Nacional para girar el porcentaje de la planta global de la entidad, sin tener en cuenta la autoliquidación de aportes como se hace hoy en día, por lo tanto y de acuerdo a esa normativa todos los empleadores debían aportar un porcentaje específico sobre el presupuesto anual de funcionamiento, que era consignado en CAJANAL y con ello se cubría el aporte de los funcionarios y no se hacía con las equivalencias, por lo anterior, esta pretensión tampoco está llamada a prosperar.

4.3.3.- Concepto del Ministerio Público: La Procuradora 79 Judicial I para Asuntos Administrativos rindió concepto comenzando por hacer un recuento jurisprudencial sobre fallos del Consejo de Estado que se han proferido sobre el mismo tema, sostuvo que si bien es cierto el alto Tribunal ha sostenido que no corre término prescriptivo si no se ha notificado el acto definitivo de las Cesantías, también es cierto que con la expedición de la sentencia C-535 de 2005 la Corte Constitucional no expresó que tenía efectos retroactivos sino hacía el futuro; manifiesta que los jueces aplican la excepción de inconstitucionalidad respecto de la vigencia anterior a la declaratoria, para dar prevalencia a la interpretación constitucional, a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad y no afectar derechos fundamentales, sin embargo, con la expedición de la sentencia se configuró un derecho porque antes no había una declaratoria en ese sentido, también es cierto que la oportunidad procesal para hacer la reclamación era de tres años a partir de la publicación de la sentencia C-535 de 2005.

Respecto al argumento principal de la parte actora, relacionada con la firmeza del acto y su falta de notificación, considera que la parte demandada tiene razón en el sentido que se probó la notificación de la liquidación anual de las cesantías de los años 1977 a 1983 y el retiro de dichas cesantías por parte de la accionante se realizó en los años 1983 y 1990, esto implica el conocimiento de la accionante del monto y la liquidación de las cesantías a su favor y la debida notificación por conducta concluyente.

Finalmente, manifestó la delegada del Ministerio Público que hubo una inactividad injustificada por parte de la accionante, al no reclamar dentro de los tres años en que se profirió la sentencia C-535 de 2005, en consecuencia las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y lo que procede es declarar la prescripción extintiva del derecho.

4.4. Normas aplicables y el precedente jurisprudencial

El artículo 76² del Decreto 2016 del 17 de julio de 1968³, estableció que 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, sin embargo mediante Decreto 1253 del 27 de junio de 1975⁴, estableció⁵ que tales prestaciones se pagarían con la moneda en que se perciban las respectivas remuneraciones, pero, nuevamente se dispuso⁶ en la Ley 41 de 11 de diciembre de 1975⁷, que las prestaciones se *liquidaban y pagaban con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno de dicho Ministerio, de esta forma y hasta el 2004* las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores se liquidaban de esta manera.

Nuevamente en el artículo 57⁸ del Decreto 10 de 1992⁹, dispuso que las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior se pagaban como su cargo equivalente en el Ministerio de Relaciones Exteriores, disposición que fue derogado por el artículo 66¹⁰ del Decreto 1181 de 1999¹¹, al precisar que las prestaciones de los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular será igual a la planta interna.

El último decreto fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias y fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-920 del 18 de noviembre de 1999¹², por cuanto esta misma Corporación en sentencia C-702 del 20 de septiembre de 1999 declaró inexecutable el

² "Art. 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".

³ Estatuto Orgánico del Servicio Diplomático y Consular

⁴ por el cual se modificó el artículo 76 del Decreto 2016 de 1968

⁵ "ARTÍCULO 1º. Modifícase el artículo 76 del Decreto 2016 de julio 17 de 1968, en el sentido de que las liquidaciones sobre prestaciones sociales que en adelante se efectúen se harán tomando como base la moneda en que se perciban las respectivas remuneraciones.

ARTÍCULO 2º. La tasa de cambio será la que establezca la Junta Monetaria en 31 de diciembre de cada año fiscal"

⁶ "ARTÍCULO 10. Deróguense los artículos 1 y 2 del Decreto 1253 del 27 de junio de 1975, por el cual se modificó el artículo 76 del Decreto 2016 del 17 de julio de 1968.

ARTÍCULO 20. 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" (Negrillas del Juzgado).

⁷ Por la cual se modifica el Decreto Ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones.

⁸ "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".

⁹ Mediante el cual se expidió el Estatuto Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular.

¹⁰ "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 que correspondieran en la planta interna".

¹¹ Por el cual se regula el servicio exterior de la República y la carrera diplomática y consular.

¹² M.P. Carlos Gaviria Díaz.

artículo 120 de la Ley 489 de 1998, que autorizaba al Presidente de la República para legislar en forma extraordinaria sobre determinados asuntos, por lo tanto al desaparecer la norma que sirvió de fundamento para expedir el Decreto acusado, consideró que este también debía ser retirado del ordenamiento, por los mismos efectos declarados en el fallo precitado. La Corte aclaró que esta figura era una inconstitucionalidad “*por consecuencia*”.

Posteriormente se expidió el Decreto 274 de 2000¹³ y sobre las prestaciones sociales de los empleados pertenecientes a la Carrera diplomática y consular, que dispuso: *“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”*.

La Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001 estudió la constitucionalidad de dicha norma y concluyó que debía ser declarada inexecutable por cuanto el Gobierno Nacional, como legislador extraordinario, se excedió en las facultades otorgadas por el Congreso de la República al amparo del numeral 10 del artículo 150 de la Carta Política, toda vez que el citado artículo regulaba materias propias del régimen prestacional y salarial, excluidas de regulación extraordinaria por parte del Gobierno Nacional con base en leyes de facultades.

Así entonces, con la declaratoria de inexecutable tanto del Decreto 1181 de 1999, como del artículo 66 del Decreto 274 de 2000 cobró plena vigencia lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto 10 de 1992, como bien lo afirmó la entidad demandada en el acto acusado, y sobre el cual fundamenta la legalidad de las liquidaciones de cesantías del actor.

Pero, el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 fue objeto de demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional quien lo declaró inexecutable mediante sentencia C-535 del 24 de mayo de 2005, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, por las siguientes razones:

“... 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

¹³ Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular. Este Decreto igualmente derogó el decreto 10 de 1992.

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...

Para la Corte, como se ha visto, ese tratamiento no está justificado pues implica un desconocimiento del mandato de igualdad en la formulación del derecho y del principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales, principios de acuerdo con los cuales la pensión de jubilación y las prestaciones sociales deben cotizarse y liquidarse con base en lo realmente devengado por el funcionario del servicio exterior y no con base en un salario inferior que no le corresponde."

Por disposición legal, hasta el 2004 las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores se liquidaban con base en las asignaciones del cargo equivalente en planta interna.

Bajo estas consideraciones y el retiro del mundo jurídico del artículo 57 de la Ley 10 de 1992, es imperioso concluir que la liquidación de las prestaciones sociales de los empleados del servicio exterior, no puede hacerse hoy con base en el salario que corresponde a un cargo equivalente en planta interna, es decir, sobre un salario que no corresponde a lo realmente devengado, puesto que a todas luces, como lo ilustró la Corte, lesiona los derechos fundamentales de igualdad, seguridad social y mínimo vital y el principio de primacía de la realidad laboral sobre la formalidades, que en los casos de reclamación por vía de acción de tutela ya venían siendo protegidos por la jurisdicción constitucional.

En conclusión, la liquidación de cesantías de los servidores públicos del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, se debe realizar con base en el salario realmente devengado por el servidor público, atendiendo al principio de primacía de la realidad laboral sobre las formalidades, y no sobre el salario de la planta interna señalado para un cargo equivalente, que es inferior.

Ahora bien, es cierto como alega la entidad demandada, que la sentencia de constitucionalidad tiene efectos hacia el futuro como dispone el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de Administración de Justicia-¹⁴. Sin embargo, la motivación de la sentencia C-535 del 24 de mayo de 2005, es clara en advertir que se le otorgó un tratamiento desigual a los funcionarios del servicio exterior, que se ha purgado mediante las diferentes órdenes de sentencias de tutela, en los casos donde se hizo la correspondiente reclamación. Concretamente la Corte señaló:

¹⁴ Dispone el mentado artículo: "Las sentencias de 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".

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

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

Así las cosas, en vigencia de la norma que consagraba el tratamiento que la Corte censura, para quienes se aplicó, se les otorgó un tratamiento injustificado, de allí que para la misma época, algunos servidores fueron amparados mediante la acción de tutela en respeto y garantía de sus derechos fundamentales; fluye de lo anterior que se debe hacer tal reconocimiento para quienes hayan efectuado la reclamación después de la sentencia de la Corte, que retiró del mundo jurídico la norma discriminatoria y contraria a la Constitución, y avaló la postura asumida por vía de tutela en casos puntuales, en vigencia de la misma norma.

- El auxilio de cesantías no es una prestación periódica, por lo cual los actos de reconocimiento y/o que resuelvan solicitudes de reliquidación están sometidos al término de caducidad

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción¹⁵ al tenor de lo dispuesto en el artículo 164, numeral 2º, literal d) de la Ley 1437 de 2011. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues cuando se ha expedido un acto

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-05159-01(0230-08), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación, el administrado queda facultado para solicitarle a la administración su reconocimiento¹⁶.

Para el caso bajo estudio, el pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-535 de 2002, es el que abre paso a la nueva reclamación para impetrar la reliquidación de sus cesantías, en defensa de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana y al mínimo vital.

El anterior argumento no riñe con el carácter de prestación no periódica de las cesantías, pues una cosa es que la decisión de la Corte Constitucional abriera paso para hacer la reclamación de reliquidación de cesantías de la accionante, con base en el salario realmente devengado, y otra que el acto administrativo producto de dicha reclamación no esté sometido al término de caducidad, pues a partir de la fecha de notificación del acto que niega la reliquidación, se cuenta el término de caducidad del medio de control. Situación que fue debatida en el presente proceso en audiencia inicial celebrada el 20 de abril de 2016, mediante la cual se declaró no probada la excepción de caducidad, dicha providencia fue confirmada por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, (fls. 319-323).

- De la prescripción de derechos laborales. El Juez tiene el deber de reconocer los derechos reclamados por los demandantes, salvo que opere la prescripción extintiva de los mismos, la que ocurre cuando transcurre un determinado lapso, contado desde cuando el derecho se haya hecho exigible sin que el interesado haya ejercido las respectivas acciones.

Implica pues, la extinción del derecho y correlativamente de la obligación respectiva, de modo que se tornan improcedentes los extremos de la relación jurídica entre titular del derecho y el obligado a cumplirlo. Referente a la prescripción la Corte Constitucional ha señalado en sentencia C-662 de 2004¹⁷ que

“En lo concerniente a la primera carga, es decir aquella que se desprende de la norma acusada relacionada con la exigencia la presentación en término de la demanda para que sea viable la interrupción o no de la prescripción y caducidad, es claro que el objetivo del legislador es el de propender por la consolidación de la seguridad jurídica en favor de los asociados que permita

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ C-664 de 2004 con Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Uprimny Yepes del 8 de julio de 2004

establecer con claridad el límite máximo y mínimo temporal de exigencia de los derechos, a fin de no estar sometidos al albur o incertidumbre permanente frente a futuras exigencias procesales. Como se dijo previamente, los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, exigen que con diligencia, eficacia y prontitud, las personas que se someten al tránsito jurídico puedan obtener una respuesta definitiva a sus causas, que termine en lo posible con una decisión que haga tránsito a cosa juzgada. En el mismo sentido, quienes son sujetos pasivos de esas exigencias, es decir los demandados, deben saber con claridad hasta cuando estarán subordinados a requerimientos procesales, de manera tal que sus derechos constitucionales también sean respetados.

... La prescripción, como institución de manifiesta trascendencia en el ámbito jurídico, ha tenido habitualmente dos implicaciones: de un lado ha significado un modo de adquirir el dominio por el paso del tiempo (adquisitiva), y del otro, se ha constituido en un modo de extinguir la acción (entendida como acceso a la jurisdicción). cuando con el transcurso del tiempo no se ha ejercido oportunamente la actividad procesal que permita hacer exigible un derecho ante los jueces. ¹⁸A este segundo tipo de prescripción es al que hace referencia, la norma acusada.

... Como ya se enunció previamente, esta figura crea una verdadera carga procesal, en tanto que establece una conducta facultativa para el demandante de presentar su acción en el término que le concede la ley so pena de perder su derecho. Su falta de ejecución genera consecuencias negativas para éste, que en principio resultan válidas pues es su propia negligencia la que finalmente permite o conlleva la pérdida del derecho. De allí que si el titular no acude a la jurisdicción en el tiempo previsto por las normas procesales para hacerlo exigible ante los jueces, por no ejercer oportunamente su potestad dispositiva, puede correr el riesgo serio de no poder reclamar su derecho por vía procesal, e incluso de perderlo de manera definitiva.

... El interés del legislador, al atribuirle estas consecuencias al paso del tiempo, es entonces el de asegurar que en un plazo máximo señalado perentoriamente por la ley, se ejerzan las actividades que permitan acudir a quien se encuentra en el tránsito jurídico, a la jurisdicción, a fin de no dejar el ejercicio de los derechos sometido a la indefinición, en detrimento de la seguridad procesal tanto para el demandante como el demandado. De prosperar entonces la prescripción extintiva por la inactivación de la jurisdicción por parte de quien tenía la carga procesal de mover el aparato jurisdiccional en los términos previstos, es evidente que aunque el derecho sustancial subsista como obligación natural acorde a nuestra doctrina, lo cierto es que éste no podrá ser exigido legítimamente ante la jurisdicción, por lo que en la práctica ello puede implicar ciertamente la pérdida real del derecho sustancial." (Subrayas del despacho).

Para el caso bajo estudio, es aplicable el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, según el cual las acciones prescriben en tres (3) desde cuando la obligación se haya hecho exigible y el escrito de reclamación interrumpe la prescripción por otros 3 años.

5. El Caso Concreto

¹⁸ Artículos 2535 a 2545 del Código Civil.

La demandante María José Garay Molano, se desempeñó como funcionaria del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores en el período comprendido entre el 6 de julio de 1977 hasta el 20 de abril de 1983 y desde el 11 de agosto de 1987 hasta el 30 de agosto de 1989 y el último cargo desempeñado fue el de Tercer Secretario grado ocupacional 1 EX, según el acto acusado (fls. 4-8) y la certificación original que obra a folios 9 a 10 del expediente.

En el caso que nos ocupa la accionante reclama la reliquidación de sus cesantías y prestaciones sociales únicamente por el período comprendido entre el 6 de julio de 1977 al 20 de abril de 1983.

La petición que dio lugar al acto acusado fue radicada el 23 de diciembre de 2013 (fls. 2 -3), superando ampliamente el término de prescripción de los 3 años establecidos en el ordenamiento jurídico (artículo 102, Decreto 1848 de 1969), contados desde que se profirió la sentencia C-535 del 24 de mayo de 2005, a partir de la cual surgió la posibilidad de reclamar la reliquidación de las cesantías.

Además, *la Corte Constitucional en la sentencia C-535 de 2005*, no hace referencia a los Decretos 2016 de 1968 y 1253 de 1975, que fueron las normas aplicables a la accionante cuando se encontraba prestando sus servicios en la institución y que regulaban la forma de liquidación de las cesantías, pues como ya se dijo la accionante, ingresó al Ministerio en un primer período el día 6 de julio de 1977 hasta el 20 de abril de 1983 (fls 9-10) – *período que reclama en esta demanda*- y en un segundo período del 11 de agosto de 1987 hasta el 30 de agosto de 1989, que no es objeto del litigio.

Cabe destacar que la accionante, elevó una petición a la entidad solicitando la aplicación de la jurisprudencia del Corte Constitucional para reliquidar sus cesantías y otras prestaciones sociales el 23 de diciembre de 2013, es decir, 24 años, 3 meses y 23 días después de su desvinculación a la entidad, superando ampliamente el término de prescripción del derecho.

En conclusión y como ya se dijo, la accionante teniendo la posibilidad de elevar una reclamación ante la entidad, dentro de los 3 años siguientes a partir de la sentencia C-535 del 24 de mayo de 2005, solo lo hizo hasta el 23 de diciembre de 2013, es decir, 8 años, 6 meses y 29 días después, siendo extemporánea dicha petición.

De otro lado, la accionante en la demanda solicita que se reconozca, liquide y pague los aportes para pensión, observa el Despacho que la accionante no solicitó dicha pretensión en la petición en sede administrativa por lo que se configura una inepta

demanda en ese sentido y sobre esa pretensión, toda vez que debe existir identidad de objeto en sede administrativa y sede judicial y en el presente caso no lo hay.

Respecto a los aportes en pensión en los años que reclama la accionante a modo de *obiter dicta* este Despacho debe indicarle que dichos aportes se realizaban por parte los Establecimientos Públicos, Institutos Descentralizados y demás entidades de Derecho Público del orden nacional con patrimonio propio de conformidad con la Ley 4 de 1966, es decir, contribuían con un 5% de los valores de los respectivos presupuestos de funcionamiento a CAJANAL, cuota que fue incrementada mediante Decreto 1089 de 1993 a un 8%, es decir, dichos aportes para pensión no se realizaban con base en el salario que el trabajador devengaba al momento del servicio, como actualmente se hace de conformidad con el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, sino como ya se dijo con una cuota del 5% o 8% del presupuesto anual de las entidades.

Adicionalmente, la parte demandante sostiene que al no ser notificada del acto definitivo de las Cesantías por el período 1977 a 1983, no pudo hacer uso de los recursos de ley ni objetar dicho acto, al respecto, el Despacho considera que la accionante tuvo conocimiento de las liquidaciones de las cesantías que se realizaban anualmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores como consta a folios 15 a 21 del expediente, dado que en ellas se evidencia la notificación y firma de la accionante, es decir, María José Garay Molano tuvo conocimiento de los valores a reconocer y los factores sobre los cuales se realizó la liquidación. Es por ello que no puede alegar que al no notificarle del acto de cesantías definitivas no corrió el término prescriptivo, pues año tras año la accionante conoció y pudo objetar las liquidaciones de las cesantías anuales. Adicionalmente, la accionante se dio por notificada por conducta concluyente del monto que fue consignado el Fondo Nacional del Ahorro en el momento en que las retiró, esto es, el 7 de diciembre de 1983, (fl. 204), por lo anterior, el argumento de la parte actora respecto a la notificación del acto definitivo de las cesantías carece sustento jurídico, pues la accionante se entendió notificada por conducta concluyente y no se puede predicar que no corre ningún término prescriptivo por la falta de dicha notificación, pues del acervo probatorio se comprobó que la accionante si tuvo conocimiento de la liquidación y monto de sus cesantías por el período de 1977 a 1983.

Igualmente, al tratarse de la liquidación y pago de las cesantías debe tenerse en cuenta que al retirarse la accionante del servicio, no se trataba de una prestación periódica sino unitaria por lo que se debía aplicar el término prescriptivo como ya lo ha reiterado la jurisprudencia.

Finalmente, en relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución

se regirán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1º, artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fue la entidad demandada.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de Agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por el juez al momento de fijarlas. En el numeral 1º del artículo 5º del acuerdo señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasaré entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

En relación con este tema, la Corte Constitucional desarrolló diversa jurisprudencia respecto a la condena en costas, entre ellas se encuentra la sentencia T-432 de 2007 donde la Corte se refirió al tema y expresó que en cuestión de costas se aplica el *dictum* romano, según el cual quien ha sido vencido en un proceso judicial debe cancelar al ganador los gastos que acarreó el proceso.

Por su parte, nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 07 de abril de 2016 manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la parte demandante, en el equivalente al 10% del valor de las pretensiones de la demanda, toda vez que según las normas expuestas, el criterio para determinar si deben o no imponerse a la parte vencida dentro del proceso, pasó de ser subjetivo a objetivo, razón por la cual, ya no depende de la intención o de la conducta asumida por los extremos procesales.

En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$180.000, que deben ser liquidadas por Secretaría, de conformidad con lo señalado por Subsección C, Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo, en providencia del 11 de septiembre de 2014 (fl.129-130).

En mérito de lo expuesto el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

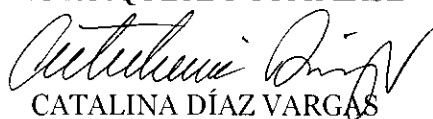
RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de prescripción extintiva total de los derechos reclamados por la señora MARÍA JOSÉ GARAY MOLANO, conforme a lo previsto en el numeral 6, artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 y el inciso 3, artículo 278 del C.G.P.

SEGUNDO: CONDENAR en costas y agencias en derecho correspondiente en un 10% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de ciento ochenta mil pesos (\$180.000), por Secretaría liquídese.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CATALINA DÍAZ VARGAS

Juez

EPCR

JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA
Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art 201) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy 12 de octubre de 2017 a las 8:00 a.m.
Secretaría
Hoy 11 de octubre de 2017 se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.
Secretaría