

AUXILIO DE CESANTIA EMPLEADO PUBLICO - Recuento normativo / FONDO NACIONAL DEL AHORRO - Creación / RETROACTIVO CESANTIAS SECTOR PUBLICO - Liquidación anual / REGIMEN ANUAL DE CESANTIAS - Servidores Públicos / REGIMEN LIQUIDACION DE CESANTIAS - Sector Público

La Sala Plena de esta Corporación hizo una hipnosis sobre la evolución del auxilio de la cesantía el que se tendrá en cuenta en el presente asunto para desarrollar el tema, por ende, se empieza por señalar que la Ley 6 de 1945, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios. El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1° de enero de 1969, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador. Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la rama ejecutiva nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. A partir de la expedición de la Ley 344 de 1996, se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital). Conforme a lo expuesto, han existido para el sector público tres regímenes de liquidación de cesantías, que son: a) el de liquidación retroactiva; b) el de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro y c) el de los pertenecientes a fondos privados de cesantías.

FUENTE FORMAL: LEY 6 DE 1945 / LEY 65 DE 1946 / DECRETO 3118 DE 1968 / DECRETO 1582 DE 1998

LIQUIDACION CESANTIAS EMPLEADOS MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - Planta de empleados exterior y la interna / REGIMEN ESPECIAL DE LA CARRERA DIPLOMATICA

Conviene señalar que es característica esencial de la Carrera Diplomática y Consular la denominada "alternación", de ahí que unos miembros de dicha carrera se deban desempeñar en el servicio exterior y otros al interior del Ministerio, bajo las condiciones y formas fijadas en sus respectivas épocas, entre otros, por el Decreto 10 de 1992 y el Decreto 274 de 2000 para ello aparecen regladas equivalencias entre la planta exterior y la interna. Lo anterior porque quienes prestan sus servicios en el extranjero no lo hacen de forma indefinida sino que retornan, así sea un tiempo, al País, para que se mantengan en permanente contacto con la realidad de su lugar de origen y puedan representar aún mejor los intereses del Estado. El Régimen Especial de la Carrera Diplomática, y de forma específica la condición de alternación, afectan las condiciones en que deben liquidarse las cesantías del personal que labora en el servicio exterior. Del anterior recuento también se puede inferir que, efectivamente, la liquidación de las prestaciones contaba con regulaciones especiales que desaparecieron del ordenamiento jurídico, quedando como premisa que la liquidación de las cesantías de los funcionarios que prestan sus servicios en el exterior debe efectuarse con base en el salario realmente devengado. Pero además del tratamiento injustificado, por desconocimiento del mandato de igualdad en la formulación del derecho, también se atenta contra el principio de primacía de la realidad frente a

las formas que debe imperar en las relaciones laborales, pues lo cierto es que las prestaciones sociales, en especial las cesantías 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 es su realidad. Por lo anteriormente expuesto, es viable sostener que la liquidación de las prestaciones de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, a la luz de la Constitución de 1991, con base en la primacía de la realidad y, además, del principio de favorabilidad, aplicable en materia laboral, contenidos en el artículo 53 de la Carta Política, la cesantía debe sujetarse a la regla general, esto es, a aquella que dice que se efectúa con base en lo realmente devengado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 274 DE 2000 / DECRETO 311 DE 1951 - ARTICULO 1 / DECRETO 2016 DE 1968 - ARTICULO 76 / DECRETO 1253 DE 1975 - ARTICULO 1 / DECRETO 1253 DE 1975 - ARTICULO 2 / LEY 41 DE 1975 - ARTICULO 1 / LEY 41 DE 1975 - ARTICULO 2 / DECRETO 10 DE 1992 - ARTICULO 57

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia de la Corte Constitucional, Exp. C-535 de 2005.

VIA GUBERNATIVA - No se notifica del acto / ACTO ADMINISTRATIVO QUE RECONOCE AUXILIO DE CESANTIA - Debe notificarse personalmente / ACTO ADMINISTRATIVO QUE NO SE NOTIFICA - No es susceptible de agotamiento de vía gubernativa / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA - No es viable cuando no se notifica el acto administrativo

Dentro del proceso no aparece probada la respectiva notificación de cada acto administrativo que liquida la cesantía, simplemente, según se deduce, se le acredita cada año al demandante en su cuenta individual, el valor que le corresponde por dicho concepto. Es decir que, en principio, la parte demandante no estaba en la obligación de impugnar el acto de liquidación y giro de las cesantías, pues, no le notificaron cada decisión anual, es más, no aparece probado que cada año se le notificara el contenido del oficio que le giraba o transfería los dineros con destino al Fondo Nacional de Ahorro; en otros términos, la parte demandante, sustancialmente, no tuvo oportunidad para discutir el monto de sus cesantías. A partir de la remoción del obstáculo normativo cuya sentencia fue proferida el 24 de mayo de 2005, el demandante estaba legitimado para pedir el reconocimiento de su derecho, por ende, no es procedente declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, conforme lo pidió la entidad recurrente en el recurso de alzada.

NORMA APLICADA PARA LIQUIDAR PRESTACIONES SOCIALES - Viola derechos fundamentales / INAPLICACION DE NORMAS QUE LIQUIDAN PRESTACIONES SOCIALES - Excepción de inconstitucionalidad

Si bien es cierto, existieron algunas normas que regularon la liquidación de las prestaciones de los funcionarios referidos, ellas: i) fueron derogadas; ii) fueron declaradas inexequibles por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, o, iii) de encontrarse vigentes, deben ser inaplicadas por violar los principios de primacía de realidad sobre las formas, de favorabilidad y los derechos fundamentales superiores protegidos por la Constitución Política. Se observa que la disposición que permite la equivalencia para efectos de liquidación de prestaciones de cargos de planta externa a los de planta interna dentro del Ministerio fue, desde sus inicios, violatoria de los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana, mínimo vital, el principio de la primacía de la realidad

frente a las formas y la favorabilidad, entre otros, de los funcionarios de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, razón por la cual es viable que durante la vigencia de la misma se aplique la excepción de inconstitucionalidad.

INTERESES MORATORIOS - Excluye la aplicación de indexación / INDEXACION - No aplica cuando se reconoce los intereses moratorios

La Sala encuentra que el hecho de que se ordene el reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 14 del Decreto 162 de 1969, excluye, per sé, la aplicación de la indexación. Lo antes dicho porque al condenar al pago de intereses moratorios implícitamente se está actualizando el valor de la condena y no existe razón para actualizar una condena que de suyo, ya está más que actualizada. La indexación obedece a un criterio mínimo de equidad según el cual quien no cumplió con una obligación oportunamente, no puede beneficiarse cumpliéndola en menor valor o depreciada, pero resulta que en el presente asunto, ni siquiera se ha causado la cesantía, porque el demandante no se ha retirado del servicio y, siempre ha estado en el Fondo Nacional de Ahorro, entidad que, simplemente, paga los intereses que la ley le ha señalado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3138 DE 1969 - ARTICULO 41 / DECRETO 162 DE 1969 - ARTICULO 14

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08742-01(1496-09)

Actor: FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ

Demandado: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada por FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ contra el Ministerio de Relaciones Exteriores.

ANTECEDENTES

FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., por conducto de apoderado judicial, pidió al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, anular los actos administrativos pero sólo en lo relacionado con las cesantías, contenidos en los Oficios Nos. CNP-60467 de 29 de noviembre de 2004; DTH 5719 de 3 de febrero de 2005, y SGE 17219 de 30 de marzo de 2005 que le negaron la liquidación de sus cesantías con base en lo devengado en el servicio exterior. (Fls. 67-80).

Como consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a reliquidar las cesantías del actor por todos y cada uno de los años que estuvo en el servicio exterior tomando en consideración una doceava parte de la asignación básica mensual y los demás factores de salario establecidos en las normas vigentes para los empleados públicos, de acuerdo con los artículos 29 del Decreto Ley 3118 de 1968, 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 y 1 y 2 del Decreto Reglamentario 4414 de 2004; que las diferencias resultantes en virtud de la sentencia, sean pagadas al Fondo Nacional del Ahorro con un interés moratorio de 2% mensual sobre las diferencias, desde cuando se causaron hasta el pago (Decreto Reglamentario 162 de 1969) y que se cancelen los intereses de que tratan los artículos 11 y 12 de la Ley 432 de 1998; que se decrete la excepción de inconstitucionalidad o la excepción de ilegalidad de cualquier acto jurídico que, aunque formalmente vigente, reproduzca el contenido de la norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 2005; y que se condene a la demandada en costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones con base en los siguientes hechos:

El Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando liquidó las cesantías del actor en los períodos en que laboró en el exterior nunca se las notificó, no le indicó los recursos que procedían ni contra quien debían interponerse o el término para hacerlo; por lo que, dichos actos, carecen de eficacia jurídica por violación del derecho de defensa.

Como dichos actos no habían producido efectos jurídicos por la falta de su notificación, el actor solicitó que se los expidieran para poder ejercer su derecho de defensa.

Las liquidaciones que se expidieron eran inconstitucionales e ilegales por lo que se interpusieron los recursos pertinentes los cuales fueron resueltos en forma negativa.

La última decisión fue notificada el 14 de abril de 2005 pero, el 11 de agosto de 2005, se solicitó conciliación prejudicial, con lo que el plazo de caducidad se interrumpió, la cual se realizó en forma fallida el 29 de septiembre de 2005 y por ello, presentó la demanda en tiempo.

En la liquidación del auxilio de cesantía realizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, se tomó sólo el salario equivalente en planta interna y descartó los factores salariales causados o devengados mientras se cumplían los servicios en el exterior; es decir, mientras que para los funcionarios que laboraban dentro del País las cesantías eran liquidadas con el salario real del cargo que se estaba ejerciendo, para los funcionarios del servicio exterior se efectuaban con base en un salario imaginario o equivalente en planta interna, de modo que si un funcionario diplomático estaba de servicio en el exterior, para efectos de cesantías, el Ministerio asumía que estaba dentro del País, fue por esto que el Gobierno Nacional, a través del Decreto 4414 de 2004 y la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 2005 pusieron punto final a esta discusión.

NORMAS VIOLADAS

Constitución Política, artículos 13, 53 y 58; artículos 17, literal a) de la Ley 6 de 1945; 29 del Decreto Ley 3118 de 1968; 45 del Decreto Ley 1045 de 1978; 1 y 2 del Decreto 4414 de 2004.

Sustenta su concepto de violación en los siguientes argumentos:

Se observa una flagrante violación del derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, pues el Ministerio de Relaciones Exteriores, al definir en vía gubernativa, sustentó que las liquidaciones de cesantías se expidieron con fundamento en el artículo 57 del Decreto Ley 10 de 1992, cuando no había sido declarado inexecutable; sin embargo, esta entidad hubiera podido abstenerse de aplicar esta norma por vía de excepción de inconstitucionalidad, con base en el artículo 4º Constitucional.

Como la base legal en que se apoyaba el Ministerio de Relaciones Exteriores era inconstitucional, las liquidaciones de las cesantías que en ella se fundamentaban también lo eran, por ser su mero desarrollo administrativo.

La Corte Constitucional alertó sobre los efectos nocivos que venía produciendo el Decreto Ley 10 de 1992 incluido su artículo 57, antes de que fuera declarado inexecutable por sentencia C-535 de 2005; por ende, el juicio de inconstitucionalidad y las censuras a esta norma por violación de los artículos 13 y 53 de la Carta Política, recaen sobre sus efectos jurídicos producidos con anterioridad a la fecha de la propia sentencia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada, por intermedio de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos (fls. 133-168):

El pago de las cesantías es un procedimiento que se surte anualmente y una vez realizado el traslado del valor al Fondo respectivo, este pago tiene el carácter de definitivo; cuando se pretende impugnar ese pago, debe hacerse dentro de los términos establecidos en la ley para ejercer las acciones correspondientes y es sobre cada uno de ellos.

Si el demandante no estaba de acuerdo con el pago realizado, debió impugnar el acto correspondiente y realizarlo oportunamente, porque frente a esos pagos habría operado el fenómeno de la caducidad. Adicionalmente, por tratarse de actos definitivos, también frente a ellos opera la figura de la prescripción.

Como el actor dirige su demanda contra los actos que le informan, conforme a su petición, cuáles fueron los valores pagados por concepto de cesantías y no contra los actos que efectivamente cancelaron la obligación, no puede ordenarse algún tipo de ajuste pues, ninguno de los actos objeto de impugnación ordenaron el pago de las cesantías del actor.

Consideró que no era cierto que el demandante no conociera el valor de sus cesantías (liquidada con base en el cargo equivalente de la planta interna) pues, en sus declaraciones de bienes y rentas presentadas en abril de 1999, diciembre de 2000, abril de 2001 y marzo de 2002 reporta, bajo la gravedad del juramento, sus ingresos tomando como base el referido criterio legal; igualmente, en mayo

de 2003 recibió un pago parcial de la cesantía por concepto de mejora de vivienda.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante sentencia de 18 de diciembre de 2008, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, bajo las siguientes razones (Fls. 384-402):

Declaró no probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa porque esta quedó agotada cuando se decidieron los recursos interpuestos e indicó que las demás excepciones propuestas serían resueltas al definir el fondo del asunto.

Conforme con los artículos 27 a 29 y 31 del Decreto 3118 de 1968, el Ministerio de Relaciones Exteriores estaba en la obligación de notificarle al demandante las liquidaciones de sus cesantías con el fin de que éste las aprobara y así ejercitara su derecho de defensa interponiendo los recursos de ley dentro del término conferido. Después de esta actuación, la entidad debía girarle y comunicarle al Fondo Nacional del Ahorro para que este acreditara dichos pagos en la cuenta del empleado.

En el mismo sentido de las normas anteriores, están los artículos 44 y 48 del C.C.A., que establecen que las actuaciones que pongan fin a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado; sin este requisito, se tendrá por no hecha la notificación y no producirá efectos legales la decisión.

Del material probatorio arrimado al proceso, se estableció que el Ministerio de Relaciones Exteriores nunca allegó prueba del acto de notificación o de la forma como dio cumplimiento al principio de publicidad frente a las liquidaciones que efectuó previamente, antes de reportarlas al Fondo Nacional de Ahorro para así garantizar el derecho de contradicción del demandante; aunque la entidad realizó los reportes anuales de liquidación con destino al Fondo Nacional de Ahorro, no se encontró la notificación previa como lo exige la ley, razón por la cual, no pueden surtir efectos, pues, sólo los actos que quedan en firme al concluir el

procedimiento administrativo son suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar, de inmediato, los actos necesarios para su cumplimiento; por ende, se abstuvo de declarar la caducidad de la acción conforme con el artículo 136 del C.C.A.

De otra parte, como el interesado podía acudir ante la administración para conocer como se le habían liquidado sus cesantías y solicitar cualquier revisión, y esto se había solicitado dentro de los términos del artículo 136 del C.C.A.; y que, como además había solicitado conciliación prejudicial el 11 de agosto de 2005, esta última interrumpió el término de caducidad por lo que tampoco se configuró.

Hizo un análisis del marco normativo en que se basó la entidad para proferir las liquidaciones del auxilio de cesantías del actor y concluyó que, conforme a la sentencia C-535 de 2005 de la Corte Constitucional, esta liquidación del auxilio de cesantía del Cuerpo Diplomático en el exterior debía realizarse de acuerdo al salario realmente devengado por el trabajador, pues, era claro que existía una diferencia en la remuneración justificada y acorde con la preparación, calificación y la naturaleza del trabajo desempeñado.

La liquidación realizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores tomando como base un salario menor, resulta contraria a los principios y derechos laborales relativos a la igualdad, mínimo vital, seguridad social y primacía de la realidad sobre las formas.

Concluyó que no eran de recibo los argumentos del Ministerio de Relaciones Exteriores en cuanto a que la liquidación se hizo con base en el Decreto 10 de 1992, pues al declararse inexecutable el artículo 66 de la Ley 174 de 2000, cobraba vigencia la primera norma, pues el actor manifestó, aún antes de declararse inexecutable la norma, su inconformidad con dicha aplicación por lo que la entidad demandada no podía ampararse en la vigencia de una norma abiertamente inconstitucional para su proceder.

Cito la sentencia de esta Corporación de 28 de julio de 2005, M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, en donde se precisaron los efectos y alcances de los fallos proferidos por la Corte Constitucional, específicamente, porque estas tienen, conforme con el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, efectos ex nunc o hacia el futuro, salvo las situaciones jurídicas no consolidadas.

Ordenó una nueva liquidación de las cesantías, debidamente indexadas, de acuerdo con los valores reales devengados por concepto de asignación básica y prima de navidad, sin incluir gastos de representación, prima de costo de vida, beneficio de vivienda y subsidio por dependientes los cuales no constituyen factores salariales conforme a los Decretos 1484 de 2001, 856 de 2002, 3547 de 2003 y 2078 de 2004.

Consideró que el auxilio de cesantía era una prestación unitaria que se causaba una sola vez, por regla general, cuando el trabajador era retirado del servicio; por tal motivo, no había lugar a decretar prescripción alguna pues el actor no estaba solicitando la reliquidación definitiva de sus cesantías en la medida en que no se había retirado del servicio aún.

El pago de intereses solicitados, consideró, se debían dar de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 432 de 1998, sobre las diferencias que no se habían cancelado.

LA APELACIÓN

La parte demandada, apeló la sentencia dictada por el Tribunal, con los siguientes argumentos: (Fls. 413-420).

Durante el tiempo que el actor laboró en la Planta Externa del Ministerio de Relaciones, se regía por los Decretos Ley 1188 de 1999 y 274 de 2000.

El artículo 66 del Decreto 274 de 2000, se declaró inexecutable, sin efectos retroactivos por la Corte Constitucional en sentencia C-292 de 2001, por lo que, conforme con el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, se debería entender que era hacia el futuro los efectos de la misma. En la declaratoria de inexecutable no se trató las normas relacionadas con las prestaciones sociales, sino que su declaratoria fue por razones de competencia.

Ante esta situación, podía deducirse del pronunciamiento de la Corte Constitucional que, una vez declarado inexecutable al artículo 66 ibídem, recobraba vigencia el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 y con base en éste artículo fue que la Administración continuó efectuando los pagos de las prestaciones sociales a sus funcionarios.

Con la expedición de la Ley 797 de 2003 se contempla nuevamente el pago del ingreso base de cotización de acuerdo con la planta interna, ley que, en algunas de sus expresiones, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-173 de 2004. A partir de ésta ley, el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió el Decreto 4414 de 2004 que contempló el pago del auxilio de cesantía conforme a lo devengado en divisas y no con base en el salario equivalente en la planta interna.

Finalmente, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 en sentencia C-535 de 2005.

Conforme con las normas citadas, no se encontraba la entidad obligada a efectuar la liquidación en cuantía mayor a la realizada, pues, dicha liquidación estaba acorde con los parámetros legales para dicha fecha, máxime, que se trataba de situaciones ya consolidadas. La Administración actuó con la convicción errada e invencible de que con su actuar no causaba perjuicio alguno, pues este estaba ajustado a la ley, por lo que no se puede pretender que se reconozcan otros valores.

No es cierto que la Administración ocultara información al actor sobre las cesantías pagadas con base en el salario del cargo equivalente, pues, con los documentos allegados al proceso se demuestra que el actor conocía de esos pagos como cuando reportó sus bienes y rentas de los años 1999 a 2001 o cuando solicitó el pago parcial de cesantías para mejora de vivienda, sin que presentara objeción respecto de los valores depositados respecto de auxilio de cesantía. Pretender desconocer estos actos aduciendo incumplimiento de unas formas, es privilegiar la forma sobre el fondo, olvidando la existencia de la notificación por conducta concluyente.

Adicionalmente, los oficios demandados se expedieron en atención al derecho de petición, donde se reitera la información alusiva a los términos y condiciones en que se realizaron los pagos de cesantías.

Con respecto a la condena del 2% ordenada por el *a quo* conforme al artículo 14 del Decreto 162 de 1969, consideró que el actor solo tenía derecho a que se le reconociera este valor sobre las diferencias que no habían sido canceladas y no

la indexación; sin embargo, este interés moratorio del 2% solicitado, resulta contrario a derecho, dado que la sentencia ordena el ajuste de la condena conforme al artículo 178 del C.C.A., por lo que no puede ordenarse el pago de intereses de mora por el mismo concepto porque estaría generando un doble pago por un mismo título jurídico. Es decir, solicitó que sólo se reconozca una sanción, esto es, la establecida en el artículo 14 del Decreto 162 de 1969 que corresponde al 2% o la indexación del artículo 178 del C.C.A.

Sobre este tema citó sentencia de esta Corporación de 1 de abril de 2004, exp. 2757-2003, que concluyó que a la indexación y a los intereses moratorios se les reconocía la misma virtualidad, la de recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas; el reconocimiento de ambos conceptos implicaría un doble pago generando enriquecimiento ilícito.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Actos Acusados

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios Nos. CNP-60467 de 29 de noviembre de 2004; DTH 5719 de 3 de febrero de 2005, y SGE 17219 de 30 de marzo de 2005 que le negaron la liquidación de las cesantías del demandante con base en lo devengado en el servicio exterior.

Problema jurídico

La entidad demandada, mediante apoderado, recurrió la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda y en síntesis, señaló que debe revocarse porque la parte demandante acusó un acto administrativo que ya había definido, en otro momento, lo pretendido en este proceso; y que, en todo caso, el demandante no tiene derecho a la reliquidación de la cesantía porque la sentencia que declaró la inexecutable tiene efectos hacia el futuro y no tiene por qué afectar la forma en la que, en su momento, se la liquidaron.

La Sala revisará el asunto bajo los siguientes planteamientos: 1) Del Régimen General de Cesantías; 2) Del Régimen aplicado al Demandante; 3) Régimen de liquidación de cesantías en el Ministerio de Relaciones Exteriores; 4) Naturaleza

de las cesantías en el caso debatido; 5) Efectos de las sentencias de inexecuibilidad en los asuntos sometidos al control de esta jurisdicción; 6) Intereses moratorios contemplados en el artículo 14 de Decreto 162 de 1969; y 7) Solución al caso concreto.

1) Del Régimen General de Cesantías.

La Sala Plena de esta Corporación¹ hizo una hipnosis sobre la evolución del auxilio de la cesantía el que se tendrá en cuenta en el presente asunto para desarrollar el tema, por ende, se empieza por señalar que la Ley 6 de 1945, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios.

Por su lado, la Ley 65 de 1946, en el artículo 1º, ordenó que: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro.”*

El Decreto 1160 de 1947, artículo 1º, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre de cada año, figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3º de la Ley 41 de 1975.

¹ Ver, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de marzo de 2007, Expediente No. 760012331000200002513 01, (2777-2004), Actor: JOSÉ BOLÍVAR CAICEDO RUIZ, Magistrado Ponente Dr. JESÚS MARIA LEMOS BUSTAMANTE.

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la rama ejecutiva nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual.

Este nuevo régimen previó, para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria, el pago de intereses a cargo del Fondo Nacional del Ahorro.

En el orden territorial, el auxilio de la cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6 de 1945, del Decreto 2767 de 1945, de la Ley 65 de 1946 y del Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

A partir de la expedición de la Ley 344 de 1996, se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital).

Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial, se expidió el Decreto 1582 de 1998 para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990. El citado Decreto 1582 de 1998, fue dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 para reglamentar los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998.²

Por su parte la Ley 244 de 1995 fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en el pago de dicha prestación.

² “Artículo 1º.- El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998.

Parágrafo. Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6º de la ley 432 de 1998.”.

Conforme a lo expuesto, han existido para el sector público tres regímenes de liquidación de cesantías, que son: a) el de liquidación retroactiva; b) el de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro y c) el de los pertenecientes a fondos privados de cesantías.

2) Del Régimen Aplicado al demandante.

Se encuentra probado en el expediente³ que el demandante se afilió al Fondo Nacional del Ahorro desde el año 1984 y con este administrador de cesantías no operaba el sistema de retroactividad de cesantías.

En efecto, el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968 preceptúa: *“El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta de intereses el nueve (9) por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado o trabajador oficial...”*. Este interés fue aumentado a un doce (12%) por el artículo 3º de la Ley 43 de 1975.

La anterior disposición fue modificada por el artículo 12 de la Ley 432 de 1998, que señaló: *“A partir del 1º de enero de 1998 el Fondo Nacional de Ahorro reconocerá y abonará a la cuenta de cesantías de cada servidor público afiliado un interés equivalente al sesenta por ciento (60%) de la variación anual del índice de precios al consumidor, I. P. C., sobre las cesantías liquidadas por la entidad nominadora correspondiente al año inmediatamente anterior o proporcional por la fracción de año que se liquide definitivamente.”*

Así las cosas el actor, afiliado al Fondo Nacional de Ahorro, se debe sujetar a su sistema de liquidación, conforme a los Decretos 3118 de 1968 y 530 de 1994 y a las Leyes 41 de 1975 y 432 de 1998; en donde la entidad demandada le liquida las cesantías y se las gira de forma anualizada, conforme a las preceptivas que se desarrollarán en el siguiente numeral.

3) Régimen de liquidación de cesantías en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

³ Extracto de Cesantías (Folio 185).

Como ya lo ha precisado esta Corporación, la naturaleza especial de las relaciones internacionales requieren de funcionarios especializados que atiendan la política exterior del País.⁴

En efecto, dentro de los cuerpos normativos que de tiempo atrás han regulado el Servicio Diplomático y Consular, se han consagrado normas que hacen referencia a la forma como se liquidan sus prestaciones, así:

El Decreto 0311 de 8 de febrero de 1951, *“por el cual se aclaran el inciso c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 2º y 3º de la Ley 65 de 1946, en cuanto se refiere a los empleados nacionales que prestan sus servicios en el Exterior”*, el artículo 1º, previó: *“Las prestaciones sociales de los empleados que hayan servido en el exterior se liquidarán y pagarán en pesos colombianos a razón de un peso por cada dólar recibido.”*

El Decreto 2016 de 17 de julio de 1968, *“Estatuto Orgánico del Servicio Diplomático y Consular”*, en el artículo 76, señaló:

“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.”

El Decreto 1253 de 27 de junio de 1975⁵, por el cual se modificó el artículo 76 del Decreto 2016 de 1968, los artículos 1º y 2º :

“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.”

La Ley 41 de 11 de diciembre de 1975, *“por la cual se modifica el Decreto Ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones”*, los artículos 1º y 2º:

⁴ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 25 de Marzo de 2010, Expediente No. 110010325000200500010 00 (0177 – 2005), Actor: Sindicato de Empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores – Semrex , Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁵ Proferido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 24 de 1974.

“Artículo 1º Deróganse los artículos 1º y 2º del Decreto 1253 del 27 de junio de 1975, por el cual se modificó el artículo 76 del Decreto 2016 de 17 de julio de 1968.

Artículo 2º Las prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2016 de 1968, salvo lo previsto en el artículo 66 del mismo Decreto.”

El Decreto 10 de 1992, que contiene el Estatuto Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular⁶:

“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.”⁷.

Mediante la Sentencia C-535 del 24 de mayo de 2005 la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo antes transcrito, el cual hacía referencia a la liquidación de *prestaciones sociales* de los funcionarios de la planta externa del Ministerio con fundamento en los salarios devengados por quienes desempeñaban cargos equivalentes en planta interna, resaltando la inviabilidad jurídica de que persistieran esa clase de normas en el ordenamiento jurídico que permiten dichas desigualdades. En efecto, así razonó dicha Corporación:

“3. Aplicación del precedente al régimen de liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior.

En el régimen legal de la carrera diplomática y consular se ha distinguido entre el ingreso base de cotización y liquidación de la pensión de jubilación y el ingreso base de cotización de las prestaciones sociales. Es decir, no obstante que aquella y éstas se han sujetado al salario de cargos equivalentes en planta interna, su regulación se ha hecho en disposiciones diferentes.

Así, por ejemplo, en el caso del Decreto 10 de 1992, la liquidación de la pensión de jubilación o invalidez de los funcionarios del servicio exterior, estaba regulada en el artículo 56 y la liquidación de las

⁶ Este cuerpo normativo fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas mediante el artículo 43 de la Ley 11 de 1991; y, de conformidad con lo establecido en su artículo 79, derogó el Decreto 2016 de 1968.

⁷ Con posterioridad a este cuerpo normativo el Decreto Ley 1181 de 1999, dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 120 de la Ley 489 de 1998, reguló el Estatuto Orgánico de Servicio Exterior y de Carrera Diplomática y Consular; sin embargo, esta normatividad fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-920 de 1999, en razón a que la Corte había declarado inconstitucional el artículo 120 de la Ley 489 de 1998 y en consecuencia, los Decretos Leyes dictados con fundamento en él debían correr la misma suerte.

prestaciones sociales de tales funcionarios estaba regulada en el artículo 57. Posteriormente, en el caso del Decreto 1181 de 1999, la liquidación de la pensión de jubilación o invalidez de los funcionarios del servicio exterior, estaba regulada en el artículo 65 y la liquidación de las prestaciones sociales de tales funcionarios estaba regulada en el artículo 66. Finalmente, en el caso del Decreto 274 de 2000, la liquidación de la pensión de jubilación o invalidez de los funcionarios del servicio exterior, estaba regulada en el artículo 65 y la liquidación de las prestaciones sociales de tales funcionarios estaba regulada en el artículo 66.

No obstante su regulación en normas legales diversas, los problemas constitucionales planteados por la cotización y liquidación de la pensión de jubilación y por la liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior con base en el salario que corresponde a un cargo equivalente en planta interna y no con base en el salario realmente devengado, son los mismos. Esto es así en tanto en uno y otro caso se incurre en tratamientos diferenciados injustificados que contrarían el mandato de igualdad en la formulación del derecho y que, frente a casos concretos, resultan lesivos de derechos fundamentales como los de seguridad social y mínimo vital. Entonces, tratándose de problemas constitucionales similares, la uniforme línea jurisprudencial desarrollada de tiempo atrás por esta Corporación resulta aplicable y por lo mismo se debe declarar la inexecutable de la norma legal demandada.

El Ministerio de Relaciones Exteriores se opone a la declaratoria de inexecutable argumentando que el régimen legal diferenciado que se consagra respecto de la cotización y liquidación de la pensión de jubilación y de las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior se justifica por la necesidad de adecuar los ingresos de tales servidores al costo de vida de los países en los que cumplen sus funciones.

Para la Corte, como se ha visto, ese tratamiento no está justificado pues implica un desconocimiento del mandato de igualdad en la formulación del derecho y del principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales, principios de acuerdo con los cuales la pensión de jubilación y las prestaciones sociales deben cotizarse y liquidarse con base en lo realmente devengado por el funcionario del servicio exterior y no con base en un salario inferior que no le corresponde. Esta concepción, desde luego, no se opone a que, frente a prestaciones como la pensión de jubilación, la cotización y liquidación se realice respetando los límites máximos impuestos por la ley pues el respeto de tales límites asegura el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones.

De este modo, ante la prosperidad del primero de los cargos formulados por el actor, no hay necesidad de considerar el cargo por extralimitación de las facultades conferidas al ejecutivo para la expedición del decreto del que hace parte la norma demandada.”.

Por su parte, el Decreto 274 de 2000⁸, por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular⁹, en su artículo 66 previó:

“ARTICULO 66.- Liquidación de Prestaciones Sociales.- 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 norma antes transcrita que derogó el Decreto 10 de 1992, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-292 del 16 de marzo de 2001, por cuanto consideró que la facultad de regular el régimen prestacional de los funcionarios de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, no estaba dentro de las potestades otorgadas extraordinariamente por el legislador, expresamente así lo sustentó:

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

Igual consideración debe hacerse en relación con los párrafos 2, 3 y 4 del mismo artículo y con los artículos 64, 65, 66 y 67 por cuanto todos ellos regulan materias propias del régimen prestacional y salarial que, por definición, están excluidas de los ámbitos que son susceptibles de regulación extraordinaria por parte del Gobierno Nacional con base en leyes de facultades. En efecto, cuando se hacen regulaciones específicas relacionadas con el régimen de seguridad social de esos funcionarios, cuando se establecen las condiciones en que debe operar la prestación asistencial en el exterior, cuando se determinan bases de cotización y de liquidación de prestaciones sociales y cuando se determinan promedios para la realización de pagos a funcionarios, el Gobierno Nacional está ejerciendo una facultad que no le fue concedida y que el Congreso no podía delegarle en cuanto se trata de un espacio que está supeditado al despliegue de su propia capacidad legislativa.”.

⁸ El Decreto 274 de 2000, de conformidad con lo establecido en el artículo 96, derogó el Decreto 10 de 1992.

⁹ Este Decreto fue dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1º, numeral 6º de la Ley 573 de 2000.

Con base en la configuración normativa referida, esta Corporación, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de 18 de mayo de 1993, C.P. doctor Diego Younes Moreno, radicado interno No. 0967, sostuvo al resolver sobre la liquidación del auxilio de cesantía de un Embajador con base en la asignación de un Ministro de Despacho, que:

“7) La Sala concluye de acuerdo con las normas transcritas, que el legislador prescribió por vía de excepción para los Embajadores de carrera, una liquidación especial para la pensión de jubilación o de invalidez con base en la asignación de los Ministros del Despacho, pero no para la liquidación del auxilio de cesantía, y por consiguiente no puede extenderse dicha liquidación a esta prestación social, por vía de interpretación, pues la excepción no puede convertirse en regla general.”.

En materia de pensiones de los empleados vinculados a la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores la Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 11 de marzo de 2010, Expediente No. 250002325000200503120-01 (0613-2008), Actor: Ramiro Zambrano Cárdenas, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, señaló:

“Según lo expuesto en el acápite normativo y jurisprudencial, la normatividad que permitía la equivalencia de cargos de Planta Externa a Planta Interna para efectos de la liquidación pensional de funcionarios pertenecientes a la primera, es inconstitucional, y lo ha sido así a la luz de la Constitución Política desde el mismo momento de su expedición; razón por la cual, en virtud de la primacía de dicho cuerpo normativo superior no es dable sostener una situación a todas luces ajena a nuestro ordenamiento jurídico.”.

Del anterior recuento también se puede inferir que, efectivamente, la liquidación de las prestaciones contaba con regulaciones especiales que desaparecieron del ordenamiento jurídico, quedando como premisa que la liquidación de las cesantías de los funcionarios que prestan sus servicios en el exterior debe efectuarse con base en el salario realmente devengado.

Lo antes dicho, porque liquidar sus prestaciones, entre estas la cesantía, con base en una equivalencia, como lo declaró la Corte Constitucional implicaría dar un

tratamiento diferenciado e injustificado, contrario al mandato de igualdad en la formulación del derecho y que, resulta lesivo a los *“derechos fundamentales como los de seguridad social y mínimo vital.”*

Pero además del tratamiento injustificado, por desconocimiento del mandato de igualdad en la formulación del derecho, también se atenta contra el principio de primacía de la realidad frente a las formas que debe imperar en las relaciones laborales,¹⁰ pues lo cierto es que las prestaciones sociales, en especial las cesantías 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 es su realidad.

Por lo anteriormente expuesto, es viable sostener que la liquidación de las prestaciones de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, a la luz de la Constitución de 1991¹¹, con base en la primacía de la realidad y, además, del principio de favorabilidad, aplicable en materia laboral, contenidos en el artículo 53 de la Carta Política, la cesantía debe sujetarse a la regla general, esto es, a aquella que dice que se efectúa con base en lo realmente devengado.

4) Naturaleza de las cesantías en el caso debatido.

La entidad recurrente y la sentencia de esta Corporación arriba transcrita, plantean que la parte demandante acusó un acto administrativo frente al que ya se había definido, en otro momento, por la administración el problema debatido, lo que conduce a la ineptitud sustantiva.

Concretamente, se señaló que la petición formulada el 7 de septiembre de 2004, cuya respuesta emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores por medio del Oficio No. DTH 46968 de 17 de septiembre de 2004 (folio 170), informó los

¹⁰ En sentencia C-173 de 2004, que declaró INEXEQUIBLES los apartes demandados del artículo 7º de la ley 797 de 2003, que expresamente dicen: “para los cargos equivalentes de la planta interna.”, en razón a que se consideró que la equivalencia allí establecida atentaba contra el derecho a la igualdad de los trabajadores destinatarios de la norma. Así: *“14- De acuerdo con lo dicho anteriormente, es claro que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido precisa al señalar que las cotizaciones para pensión deben hacerse tomando en consideración la asignación que corresponde al cargo realmente desempeñado, pues hacerlo a partir de una asignación distinta o supuestamente equivalente resulta discriminatorio. Si se acogiera un criterio distinto al determinado jurisprudencialmente el resultado sería que aquellos trabajadores que han devengado un mayor salario van a recibir prestaciones sociales que en realidad pertenecen a labores de menor asignación, desarrolladas por trabajadores que generalmente cumplen distintas funciones a consecuencia también de su nivel de preparación, quienes además ostentan otras responsabilidades concordantes con su cargo.”*

¹¹ En esta oportunidad no se hace referencia al marco normativo en vigencia de la anterior Carta Política en razón a que no es pertinente dadas las circunstancias del caso.

siguientes aspectos: que su auxilio de cesantías durante los años 2001, 2002 y 2003, se liquidó anualmente tomando como base el sueldo del cargo equivalente en la planta interna, de conformidad con interpretación que el ente demandado dio a la normativa que regula la materia, aunada a la jurisprudencia que trató el tema, además de que le indicó, de manera específica, los valores calculados y reportados al Fondo Nacional del Ahorro por cada una de las anualidades solicitadas; es decir que el demandante *“tuvo la oportunidad de enterarse en forma directa de las razones por las cuales el Ministerio acusado practicó la liquidación de sus cesantías y de su monto específico para los años 2001 a 2003, que inicialmente había solicitado.”*; y por ello, se encontraba agotada la vía gubernativa, que habilitaba al actor para demandarlo en sede jurisdiccional y dentro del término legal.

La petición del 5 de noviembre de 2004, en el que pidió se le expidieran los actos liquidatorios de sus cesantías, pero por un período más amplio, correspondiente a todos los años que laboró en el servicio exterior y la respuesta de la entidad demandada por medio del Oficio No. CNP 60467 de 29 de noviembre de 2004, acusado en este proceso, que en su criterio pretende revivir un término fenecido, por el hecho de no haber acusado la decisión inicial.

El auxilio de cesantía no es una prestación periódica sino unitaria, que sólo se concreta al momento de culminar la relación laboral, sobre este punto, la Sala ha precisado:

“La cesantía no es una prestación periódica a pesar de que su liquidación se haga anualmente; es prestación unitaria y cuando como en este caso se obtiene en forma definitiva por retiro del servicio, el acto que la reconoce pone fin a la situación si queda en firme. La cesantía debe pagarse al empleado al momento de su desvinculación laboral y excepcionalmente antes de esta, cuando se den las causales específicas de pago parcial. El acto de liquidación por tanto es demandable ante lo contencioso administrativo, observando las normas que en materia de caducidad de la acción señalan un término de 4 meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso (inciso 2º. Artículo 136 del C.C.A.).”¹².

La anotada característica, se reitera, obliga al beneficiario inconforme con el reconocimiento de su cesantía a atacar, dentro del término establecido, el acto administrativo que lo efectúa, cuya prestación, se insiste, sólo se consolida al

¹² Auto del 18 de abril de 1995, expediente No. 11.043, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, actor Luis Aníbal Villada.

momento de su desvinculación. En el sub júdice, el demandante al momento de incoar la demanda, se encontraba vinculado con la entidad demandada, es decir que aún no había causado sus cesantías definitivas y por ello era susceptible de agotar vía gubernativa y demandar la decisión que negara tal determinación.

Al respecto, esta Sección Segunda en sentencias proferidas por las Subsecciones A y B, del 4 de marzo de 2010¹³ y 8 de abril de 2010¹⁴, ha rectificado este criterio y, en esta última providencia, textualmente señaló lo siguiente:

“Se examinará, en primer término, la necesidad de agotar la vía gubernativa, en lo que concierne a cada uno de los actos mediante los cuales se liquidaron anualmente las cesantías que fueron reconocidas al demandante.

Como muestra la demanda, el demandante dice tener derecho a que la “Prima Especial” sea tomada como factor para incrementar el cómputo de las cesantías a que tiene derecho porque, según su apreciación, la invalidación de los Decretos que la excluían como factor salarial, ahora le otorga ese carácter de que antes carecía y, por tanto, debe tener incidencia en el cálculo no sólo de las cesantías, sino de las demás prestaciones sociales.

Para la Sala, es menester recordar que año tras año se liquida el valor de las cesantías y se deposita en el fondo elegido por el servidor público; por lo mismo, que en principio deberían ser demandados oportunamente cada uno de los actos administrativos por los cuales se hizo tal liquidación anual, pues son esas manifestaciones de la administración las que hipotéticamente causarían el agravio a los derechos de la demandante.

No obstante, a partir de la sentencia de esta Sección de 4 de marzo de 2010, se cambió el criterio tradicional para tomar en cuenta que no es posible exigir al empleado que impugnara cada año las liquidaciones periódicas de cesantías que se le hicieron. En verdad, no puede esperarse que el interesado se anticipara a lo que tiempo después determinó la jurisdicción, cuando anuló las normas que excluyeron la Prima Especial como factor salarial. En suma, no estaba obligado el empleado a impugnar los actos, si es que para cuando ellos se expedieron se ajustaban a la normatividad entonces vigente, pues no podía contar la administración, tampoco los interesados, con que luego de expedidos esos actos, una de las normas aplicadas como soporte de su expedición sería retirada del ordenamiento.

Así las cosas, el ciudadano hizo lo que estaba a su alcance, pues una vez decretada judicialmente la nulidad de los actos que restringían el carácter salarial de la Prima Especial, encaminó su petición ante la

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, radicación No. 1469-2007. Actor: Aura Luz Mesa Herrera.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, Expediente No. 25000232500020040838701 (0115-08), Actor: Manuel Antonio Saray Gutiérrez.

autoridad competente para que la declaración de nulidad pudiera tener los efectos propios de ella en punto de permitirle reclamar el nuevo cálculo de sus cesantías y de las demás prestaciones.

No era menester ni posible exigir al demandante el agotamiento de la vía gubernativa para cada uno de los actos mediante los cuales se liquidaron anualmente las cesantías, pues no podía anticiparse el interesado a la nulidad de las reglas que por entonces limitaban su derecho, pues mientras ellas no fueran excluidas del ordenamiento conservaban la presunción de legalidad. Si tiempo después, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa anuló la norma que excluía la Prima Especial de servicios como componente del salario, a partir de ahí se generó la expectativa legítima del ciudadano a exigir que se rehiciera la liquidación.”.

En el presente asunto se tiene que la entidad demandada, Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores, afilió al demandante al Fondo Nacional de Ahorro y allí giró las cesantías correspondientes a los años de 1984 a 2005 (folios 185 a 188).

Dentro del proceso no aparece probada la respectiva notificación de cada acto administrativo que liquida la cesantía, simplemente, según se deduce, se le acredita cada año al demandante en su cuenta individual, el valor que le corresponde por dicho concepto (folios 170 y 171).

Es decir que, en principio, la parte demandante no estaba en la obligación de impugnar el acto de liquidación y giro de las cesantías, pues, no le notificaron cada decisión anual, es más, no aparece probado que cada año se le notificara el contenido del oficio que le giraba o transfería los dineros con destino al Fondo Nacional de Ahorro; en otros términos, la parte demandante, sustancialmente, no tuvo oportunidad para discutir el monto de sus cesantías.

Pero además, partiendo de la base de que el problema jurídico que se presenta aquí corresponde a la forma de liquidación de las cesantías en donde la entidad lo hizo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 57 del Decreto 10 de 1992,¹⁵ que ordena “*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 equivalentes en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores*”, norma que, como ya se indicó, fue declarada inexecutable mediante sentencia C-535 de 2005.

¹⁵El Decreto 1181 de 1999 y Decreto 274 de 2000, precisaban que la liquidación de las prestaciones sociales se haría en términos similares.

Conforme a lo antes indicado se precisa que existía un obstáculo de orden legal que no permitía liquidar las prestaciones de los empleados del servicio exterior, con base en lo que devengaban sino sólo de acuerdo con lo valores equivalentes a los de la planta interna, de manera que se puede decir, como ya lo ha precisado esta Sala, que el derecho a devengar la cesantía liquidada con base en lo devengado en el servicio exterior, sólo surgió, con certeza, a partir de la expedición de la sentencia referida, pues antes, es evidente que la entidad pública se abstenía de liquidarla.

A partir de la remoción del obstáculo normativo cuya sentencia fue proferida el 24 de mayo de 2005, el demandante estaba legitimado para pedir el reconocimiento de su derecho, por ende, no es procedente declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, conforme lo pidió la entidad recurrente en el recurso de alzada.

Es decir, con base en los nuevos criterios jurisprudenciales antes señalados la posición que asumió esta Corporación en sentencia proferida por la Sección Segunda - Subsección A, del 4 de marzo de 2010, Expediente No. 25000-23-25-000-2005-08719-01 (1605-2008), Actor: MÓNICA SOFÍA DIMATE CASTELLANOS contra la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en donde se indicó que es inepta la demanda cuando se acusa el acto administrativo que da respuesta a un segundo derecho de petición, cuando no se demandó el acto primigenio de la Administración, que le permitió a la actora enterarse de la liquidación de sus cesantías, permiten inferir que en el presente caso la solución de distinta.

5) Efectos de las sentencias de inexequibilidad en los asuntos sometidos al control de esta jurisdicción.

Conforme a lo arriba expuesto, si bien es cierto, existieron algunas normas que regularon la liquidación de las prestaciones de los funcionarios referidos, ellas: i) fueron derogadas; ii) fueron declaradas inexequibles por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, o, iii) de encontrarse vigentes, deben ser inaplicadas por violar los principios de primacía de realidad sobre las formas, de favorabilidad y los derechos fundamentales superiores protegidos por la Constitución Política.

Sobre este último aspecto,¹⁶ cabe efectuar todavía algunas precisiones:

- Los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional por las cuales se decide la declaratoria de inexecutable de una norma, por regla general, tienen efectos hacia futuro; salvo, que la misma Corte expresamente manifieste, de conformidad con su reglamento interno, los alcances que le da a la misma.
- Lo anterior implicaría que deberían avalarse las situaciones que adquirieron firmeza durante la vigencia de aquellas normas que posteriormente son declaradas inconstitucionales.
- Sin embargo, en algunas oportunidades es viable, dadas las condiciones de la norma que se retira del ordenamiento jurídico, aplicar durante la vigencia de la misma, la excepción de inconstitucionalidad en aras de no permitir la existencia de situaciones que a todas luces son inconstitucionales por afectar derechos de naturaleza fundamental.

Tal es el caso del presente asunto, en donde la Corte Constitucional en ninguno de sus fallos moduló los efectos de la declaratoria de inexecutable y, en consecuencia, se alega que al haberse efectuado la liquidación de las cesantías del actor en vigencia de normas en las que se avalaba la equivalencia a cargos de la planta interna, ello no puede dar lugar a ilegalidad alguna.

A pesar de lo anterior, se observa que la disposición que permite la equivalencia para efectos de liquidación de prestaciones de cargos de planta externa a los de planta interna dentro del Ministerio fue, desde sus inicios, violatoria de los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana, mínimo vital, el principio de la primacía de la realidad frente a las formas y la favorabilidad, entre otros, de los funcionarios de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, razón por la cual es viable que durante la vigencia de la misma se aplique la excepción de inconstitucionalidad. En este sentido, la Corte Constitucional sostuvo:

“Por ese motivo, esta Corte ya ha anotado que las normas que respaldan este tipo de prácticas frente a cierto grupo de trabajadores son inconstitucionales y deben ser inaplicadas, pues resultan contrarias a los principios de dignidad humana e igualdad, y violatorias de los

¹⁶ Como ya lo hizo esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia de 11 de marzo de 2010, expediente No. 25000232500020053120 01 (0613-08), actor Ramiro Zambrano Cárdenas, Magistrado Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

derechos al mínimo vital y a la seguridad social, derechos que tienen un fundamento constitucional expreso (C.P. arts. 48, y 53).”.

Este deber de dar primacía a la Constitución Política (artículo 4º), ha ocupado la atención de la Corporación en otros asuntos, en los siguientes términos:

“Finalmente, la Sala encuentra que si bien la declaratoria de inexecutable del Decreto Nro. 1670 de 1997 ocurrida mediante la sentencia C-140 de 15 de abril de 1998 dictada por la Corte Constitucional con ponencia del DR. CARLOS GAVIRIA DIAZ se dispuso con efectos hacia el futuro, ello no implica que al juez le sea un imposible jurídico pronunciarse sobre la legalidad del acto acusado, dictado con fundamento en el declarado a la postre inexecutable, por cuanto es ostensible que desde su origen el Decreto 1670 de 27 de junio de 1997 nació viciado de ilegalidad y por ende, le es dable al juzgador aplicar respecto de aquél la excepción de inconstitucionalidad por el lapso que transcurrió desde su expedición hasta la sentencia de inexecutable, evitando con ello que una decisión manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico y que causa estragos en los derechos particulares, se ampare en que los efectos de la declaratoria de inexecutable se dispusieron hacia el futuro.”¹⁷.

De otra parte, para la Sala es importante resaltar que la remisión al salario de los Ministros de Despacho que efectuaban las normas referidas en el caso de los Embajadores, en carrera, no le concedía a los últimos la aplicación de un régimen especial, pues la remisión no se hace frente a régimen pensional especial alguno sino simplemente frente a una asignación salarial.

6) Intereses moratorios contemplados en el artículo 14 de Decreto 162 de 1969.

La preceptiva del epígrafe, prevé:

“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 que decida el litigio se ordenara el reconocimiento a favor del trabajador de una suma mayor que la que hubiere sido liquidada por la respectiva entidad, en el mismo proveído se dispondrá el reconocimiento de intereses moratorios en beneficio del trabajador sobre la diferencia, a la tasa del 2% mensual, desde la fecha en que la suma respectiva se hubiere causado hasta aquella en que se le acredite.

De manera similar se procederá cuando se niegue al trabajador el pago del auxilio de cesantías, de acuerdo con el artículo 45 del decreto que

¹⁷ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, de 24 de mayo de 2007, radicado interno No. 2616-04; C.P. doctor Alejandro Ordóñez Maldonado.

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.

En los supuestos a que se refiere este artículo, los intereses de mora se acreditarán al trabajador conjuntamente con el principal respectivo, e inmediatamente comenzará a disfrutar de los intereses corrientes a menos que el trabajador decidiera reclamar el saldo a su favor, cuando por retiro del servicio tuviere derecho a hacerlo.

La entidad en contra de la cual se hubiere pronunciado el fallo administrativo o judicial, estará obligado a consignar en el Fondo la cantidad adicional registrada a favor del trabajador por consecuencia del fallo, dentro del término de 60 días, contados a partir de la fecha en que la providencia hubiere quedado ejecutada, junto con los intereses corrientes de esa suma desde la fecha en que se ha acreditado al trabajador.

En todos los casos de controversia que contempla este artículo, los correspondientes recursos deberán ser interpuestos contra las entidades a cuyo cargo corre el respectivo auxilio de cesantía, sin que en ningún caso pueda dirigirse contra el Fondo, al cual no le cabe responsabilidad alguna.”.

Por su parte los artículos 41 y 51 del Decreto 3118 de 1968, establecen:

“ARTICULO 41. DECISION JUDICIAL. En caso de controversia judicial acerca de la liquidación en 31 de diciembre de 1968 o de una liquidación anual o de la liquidación correspondiente al tiempo de servicios en el último año, el Fondo acreditará en la cuenta del respectivo empleado público o trabajador oficial la cantidad que se ordene en la providencia debidamente ejecutoriada que ponga fin al litigio. El registro de esta suma producirá todos los efectos que conforme a los Artículos anteriores tiene el de las liquidaciones definitivas, aceptadas por el empleado o trabajador.”

“ARTICULO 51. INTERESES MORATORIOS. La mora de los establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado en consignar en el Fondo el valor de las cesantías o de los intereses, conforme a lo dispuesto en el presente Decreto, dará al Fondo derecho para exigir las sumas respectivas por la vía ejecutiva y para cobrar sobre ellas intereses de dos por ciento (2%) mensual por el tiempo de la mora.”.

El Decreto Extraordinario 3118 de 1968, creó el Fondo Nacional de Ahorro como administrador de las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales y en ésta se fijaron las condiciones en que llevaría a cabo su gestión, por ello, aparecen algunos aspectos como los anteriores que regulan el pago de intereses moratorios.

Por su lado, Ley 432 de 1998, transformó el Fondo en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero del orden nacional, que presta, además, sus servicios en el sector privado y, el artículo 19 de esta preceptiva derogó *“todas las disposiciones que le sean contrarias”*.

La citada ley no reguló expresamente los intereses moratorios previstos en el artículo 41 del Decreto 3138 de 1969, reglamentado por el artículo 14 de Decreto 162 de 1969, es más, no se discute la existencia de alguna otra preceptiva que hubiese regulado este tópico, lo que hace aplicables y vigentes las previsiones allí contenidas.

En el presente asunto, por la sentencia recurrida se ordenó el pago de la diferencia entre lo liquidado y girado al Fondo Nacional de Ahorro frente a lo que le correspondía, por ello, las normas antes citadas se adecuan al supuesto fáctico del presente asunto, además, de que la aplicación de tal previsión fue solicitada con la demanda, y por ello resulta procedente la aplicación de las normas aludidas para acceder a este petitum.

Empero, no obstante la anterior circunstancia, la Sala encuentra que el hecho de que se ordene el reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 14 del Decreto 162 de 1969, excluye, per sé, la aplicación de la indexación.

Lo antes dicho porque al condenar al pago de intereses moratorios implícitamente se está actualizando el valor de la condena y no existe razón para actualizar una condena que de suyo, ya está más que actualizada.

La Ley 446 de 1998, en su artículo 16, establece: *“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”*

La indexación obedece a un criterio mínimo de equidad según el cual quien no cumplió con una obligación oportunamente, no puede beneficiarse cumpliéndola en menor valor o depreciada, pero resulta que en el presente asunto, ni siquiera se ha causado la cesantía, porque el demandante no se ha retirado del servicio y,

siempre ha estado en el Fondo Nacional de Ahorro, entidad que, simplemente, paga los intereses que la ley le ha señalado.¹⁸

De manera que, tampoco existen perjuicios, porque no se le han pagado las cesantías, simplemente debe abonarse a la cuenta las diferencias reclamadas junto con los intereses moratorios que se condenan en este proceso.

En otras palabras, si bien es cierto, en Estados de economías inestables, como el nuestro, el mero paso del tiempo deprecia la moneda y ocasiona la pérdida del poder adquisitivo del dinero, en el sub judice, esta carga aparece compensada por quien ha mantenido el dinero en su poder, con el pago intereses en cuantía muy superior al índice de inflación.

Lo antes dicho en aplicación de criterios como el de equidad y el de reparación integral, en donde, la Sala considera que, con los intereses moratorios aludidos, se compensa la pérdida del poder adquisitivo y se le remunera la diferencia dejada de liquidar, conforme a las nuevas condiciones de liquidación de las cesantías de los trabajadores que prestan sus servicios en el servicio exterior.

Finalmente conviene señalar que el reconocimiento de intereses resulta, en este caso más favorable que la actualización de las sumas dejadas de percibir.¹⁹

7) Solución al caso concreto.

Conforme a lo arriba expuesto los actos acusados no están reviviendo términos en la medida en que lo que están reclamando son unas cesantías que es una prestación unitaria que sólo se causa al momento del retiro del trabajador, máxime

¹⁸ La Ley 432 de 1998, regla los intereses así: “ARTICULO 12. INTERESES SOBRE CESANTIAS. A partir del 1o. de enero de 1998 el Fondo Nacional de Ahorro reconocerá y abonará en la cuenta de cesantías de cada servidor público afiliado, un interés equivalente al sesenta por ciento (60%) de la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, sobre las cesantías liquidadas por la entidad nominadora correspondientes al año inmediatamente anterior o proporcional por la fracción de año que se liquide definitivamente.

Para efectos de la presente ley, la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, será la última certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, para los meses de noviembre-noviembre, para empleados medios.”

¹⁹ El interés fijado, como ya se indicó corresponde al 24% anual, mientras que el Índice de Precios al Consumidor para los años de 1986 a 2009 (Fuente: DANE), ha tenido el siguiente comportamiento:

Año:	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Porcentaje Acumulado	20,95	24,02	28,12	26,12	32,37	26,82	25,13	22,61	22,59	19,46	21,63	17,68	16,70	9,23	8,75	7,65	6,99	6,49	5,50	4,85	4,48	5,69	7,67	2,00

.Revisado el histórico la Sala observa que por los años de 1987 a 1992, el IPC, se fijó en suma superior al 24%, pero, en el presente caso resulta más favorable aplicar el interés moratorio pues el porcentaje acumulado es superior.

cuando la entidad no efectuó una liquidación anualizada, por ello, resulta aceptable tenerlo en cuenta como acto pasible de control ante esta jurisdicción.

Además, con el pronunciamiento de inconstitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 2005, que declaró inexecutable el artículo 57 del Decreto 10 de 1992, efectuado el 24 de mayo de 2005, la parte demandante quedó legitimada para reclamar la reliquidación de sus prestaciones, en especial de sus cesantías, porque la vigencia y aplicabilidad del aludido artículo, impedía su reconocimiento.

El fallo recurrido amerita ser confirmado porque pese a que la sentencia de la Corte Constitucional C-535 de 2005, fue proferida luego de que se causaron las respectivas anualidades en las que el demandante prestó sus servicios en el exterior, y ésta tiene efectos hacia el futuro, lo cierto es que, por las razones arriba expresadas, es procedente declarar la denominada excepción de inconstitucionalidad para darle prevalencia a la interpretación constitucional y así, en aplicación de los principios de primacía de la realidad frente a las formas y favorabilidad evitar que una norma que es inconstitucional desde sus orígenes produzca efectos en los trabajadores del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestaron sus servicios en el exterior.

Empero, de otra parte, la sentencia recurrida que accedió a indexar la condena se deberá revocar en este aspecto; para en su lugar, sólo ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios previstos por el artículo 14 del Decreto 162 de 1969.

En consecuencia, el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada prospera parcialmente.

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

FALLA

Confírmase la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que accedió

parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada por FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ contra el Ministerio de Relaciones Exteriores; salvo el numeral 5º, en tanto ordenó el reconocimiento de la indexación con respecto a las diferencias que resulten entre la reliquidación de las cesantías y las ya practicadas; en su lugar, sólo se ordena el reconocimiento de intereses moratorios conforme al artículo 14 del Decreto 162 de 1969, según lo expuesto en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ