

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "A"

CONSEJERO PONENTE: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá DC; octubre veinte (20) del año dos mil catorce (2014)

Expediente No. 250002325000200607764-01

Referencia: 1400-2011

Actor: BERTA ELISA MORA MORALES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 11 de noviembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

BERTA ELISA MORA MORALES, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios Nos. DTH 39743 del 26 de julio, DTH 57369 del 13 de octubre y SGE 68210 del 19 de diciembre de 2005, por medio de los cuales el Ministerio de

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

Relaciones Exteriores negó el reconocimiento y pago de las primas de vacaciones y de servicios, la bonificación por servicios prestados, la reliquidación de sus cesantías, vacaciones y prima de navidad.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la entidad demandada, lo siguiente:

- Reliquidar y pagar el auxilio de cesantías, correspondiente a los años en los que estuvo vinculada en un cargo del servicio exterior, (1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1996, 1997, 1998, 1999, 2003 y 2004) teniendo en cuenta el salario realmente devengado en el empleo de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Reliquidar y pagar en un porcentaje del 100%, la tasa de cotización correspondiente a los aportes destinados a CAJANAL (13.5% por los años 1996, 1997, 1998, 1999 y 2003 y del 14.5% por el año 2004) con base en el salario mensual devengado en los diferentes cargos del servicio exterior de la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Reconocer, liquidar y pagar las primas de vacaciones, servicios, bonificación por servicios prestados por los años 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1996, 1997, 1998,

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

1999, 2003 y 2004, teniendo en cuenta el salario realmente devengado en los diferentes cargos que desempeñó en el servicio exterior de la planta de personal del ministerio.

- Reliquidar y pagar las vacaciones correspondientes a los años citados, teniendo en cuenta que el salario cambió en virtud de los diversos traslados de cargos de planta interna a la planta externa de la entidad, sin solución de continuidad e incluyendo los siguientes factores: asignación básica, prima de costo de vida, subsidio por dependientes y escalafón diplomático.
- Reliquidar la prima de navidad de los años 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1996, 1997, 1998, 1999, 2003 y 2004, teniendo en cuenta el cambio de salario por los diferentes traslados y los anteriores factores salariales.
- Las sumas anteriores deben ser reconocidos con la moneda extranjera y teniendo en cuenta la tasa vigente para la fecha en que debió realizarse el respectivo pago. Además con la correspondiente indexación de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Los **HECHOS** que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, son los siguientes:

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

La señora Berta Elisa Mora Morales fue inscrita en el escalafón de carrera diplomática y consular en la categoría de Primer Secretario, mediante Decreto No. 595 del 27 de 1989, condición que se mantuvo hasta la fecha de su retiro.

El 3 de enero de 1990, tomó posesión del Cargo Segundo Secretario, Grado Ocupacional 2EX de la embajada de Colombia ante el Gobierno de Bolivia, con funciones consulares en la Paz. Posteriormente, el 1 de noviembre de 1996 tomó posesión del Cargo de Consejero, Grado Ocupacional 4EX de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Guatemala.

El 8 de febrero de 2003, tomó posesión del Cargo de Cónsul General, Grado Ocupacional 4EX del Consulado de Colombia en Puerto Ayacucho – Venezuela y finalmente desempeñó el Cargo en comisión de Cónsul de Primera Clase, Grado Ocupacional 3EX en el Consulado de Colombia en Mérida Venezuela, desde el 1º de agosto de 2003 hasta el 11 de noviembre de 2004.

En la planta interna, por pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular, gozaba de las prestaciones sociales reconocidas a todos los servidores públicos, incluyendo las primas de vacaciones y de servicios y la bonificación por servicios prestados.

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

Señala que las liquidaciones correspondientes al auxilio de cesantías que el Ministerio de Relaciones Exteriores reportó al Fondo Nacional del Ahorro por los años 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1996, 1997, 1998, 1999, 2003 y 2004, no fueron notificadas a la actora como lo prevén las disposiciones contenidas en los artículos 30 y 31 del Decreto 3118 de 1968.

Las referidas liquidaciones no fueron realizadas conforme lo ordena la ley, pues se desconoció, el hecho de que en ningún traslado hubo solución de continuidad y además no se tomó como base de liquidación, la remuneración mensual que efectivamente devengaba la actora en los cargos del servicio exterior.

La entidad demandada negó a la actora el reconocimiento y pago de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados, que venía disfrutando con anterioridad a su traslado a la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Para justificar tal negativa, el ministerio se limitó a transcribir unos apartes del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978 según el cual "...las normas del presente decreto no se aplicarán a... los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan su servicios en el exterior..." y omite señalar que tal expresión se refiere exclusivamente a los extranjeros no domiciliados en Colombia que presten sus servicios en el

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

exterior como funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Señala igualmente que el Ministerio no liquidó ni canceló la prima de vacaciones por los años 2003 y 2004. Además, el valor de las vacaciones y de la prima de navidad canceladas por el mismo periodo no incluyó como factores para su liquidación: asignación básica, prima de costo de vida, subsidio por dependiente y escalafón diplomático, entre otros.

NORMAS VIOLADAS-

- Constitución Política: artículos 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 48, 53, 58, 122, numerales 10 y 19 literal e) del 150, 209 y 243.
- Ley 6a de 1945: artículo 17 literal a)
- Ley 5a de 1978: artículo 1º
- Ley 4a de 1972: artículos 2º, 3º y 10
- Ley 54 de 1992: artículo 1º
- Ley 100 de 1993: artículo 18, 23 y 63
- Decreto Ley 3118 de 1968: artículo 29
- Decreto 3138 de 1968: artículo 29
- Decreto 777 de 1976: artículos 24 y 25
- Decreto 1045 de 1978: artículos 2 y siguientes.
- Decreto 174 de 1975.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, entre otras, por las siguientes razones:

Con la demanda instaurada por la señora Berta Elisa Mora, se pretende desconocer el régimen especial establecido para los funcionarios que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, vigente al momento en que se realizaron los pagos de aportes pensionales y del auxilio de cesantía de la actora que se justifica en las especiales y particulares condiciones económicas de los diferentes países donde debió prestar sus servicios.

La especialidad del régimen vigente para los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores en razón al sitio donde laboran, es lo que permite que cuando estos funcionarios se ubican en el exterior, puedan percibir una asignación mensual que supera ampliamente a la del jefe de la entidad, hecho que no ocurriría si no existiera un régimen especial.

Advierte que los pagos correspondientes a aportes pensionales y de cesantías que ahora se demandan, se realizaron legal y oportunamente en los términos de los Decretos 10 de 1992 y 274 de 2000, normas que estaban vigentes para la fecha en que se realizaron los traslados respectivos.

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

El sustento de la demanda lo hace consistir en la existencia de un trato discriminatorio respecto de un funcionario colombiano que al pensionarse o al quedar cesante accede a una pensión y a un auxilio de cesantías acorde con el costo de vida del país, y de un funcionario diplomático que se encuentre en las mismas condiciones, forzosamente debe regresar al país y acceder a las mismas prestaciones pero fijadas con base en el costo de vida del país extranjero.

Por lo anterior y para evitar inequidades, se estableció por el legislador un régimen especial para los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores que temporalmente prestan sus servicios en el exterior, por ello y para no crear una discriminación, se creó la figura de asignación mensual de los cargos equivalentes como criterio determinante para la liquidación de las prestaciones sociales, atendiendo a que los salarios en el exterior eran ostensiblemente superiores a los de la planta interna y que solo estaban justificados por la prestación del servicio en un país extranjero.

Acoger el criterio de la demandante significaría violar el derecho a la igualdad, pues se extenderían a quienes tienen regímenes especiales, los beneficios del régimen general y se desconocería que el régimen especial tiene un equilibrio entre los beneficios y las cargas, razón la que el legislador permitió que un grupo específico de trabajadores que prestan servicio

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

en el exterior, reciba un mayor salario que quienes realizan la misma función en Colombia únicamente porque están en países que tienen un costo de vida superior al del colombiano o para garantizar una digna representación del país.

Los pagos de aportes pensionales y auxilio de cesantías se hicieron con base en la asignación mensual del cargo equivalente en la planta interna, en los términos de los Decretos 10 de 1992 y 274 de 2000 y con fundamento en el criterio de la equidad según el cual a un funcionario que preste sus servicios en el exterior no se le puede dar un trato privilegiado en materia prestacional frente a un empleado del mismo cargo, nivel y responsabilidad que prestaba sus servicios en Colombia.

Si la demandante pretendía que se le diera aplicación a las normas generales en el servicio exterior, obviamente tendría que aplicarse el sistema de manera íntegra, es decir, cancelando los salarios en pesos y no en moneda extranjera, con lo que se ubicarían los salarios dentro del rango establecido para todos los servidores públicos e impediría cancelar salarios superiores al del jefe de la entidad.

Es inaceptable que a los funcionarios que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, se les aplique solo lo favorable de uno y otro régimen, esto es del especial y del general.

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia proferida el 11 de noviembre de 2010, declaró probada la excepción de inepta demanda y falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de reliquidación de las cesantías pretendida, declaró la nulidad de los actos demandados y accedió a las súplicas de la demanda en relación con la reliquidación de los aportes efectuados para pensión, con fundamento en las siguientes razones:

Cesantías-

La actora nunca cuestionó en vía gubernativa las liquidaciones y consignaciones que la entidad demandada hacía anualmente, es decir, si la actora se encontraba inconforme con la liquidación de las cesantías que le consignaban anualmente por no ser una prestación periódica tenía la obligación de demandar los actos por medio de los cuales se las liquidaban dentro de los cuatro meses siguientes al cobro definitivo de las mismas, previa reclamación administrativa.

En las anteriores condiciones, no se configuró la excepción de caducidad de la acción sino la falta de agotamiento de la vía gubernativa e inepta demanda frente a la pretensión de las cesantías, pues encontrándose ya retirada de la entidad y

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

luego de haber retirado definitivamente el valor consignado por cesantías, no era procedente que solicitara su reliquidación.

Prima de vacaciones-

Esta prestación fue creada por los artículos 10 y 13 de los Decretos 174 y 230 de 1975, para los empleados de los establecimientos públicos, es decir, no son beneficiarios de la misma los funcionarios del servicio exterior, conforme lo establece el artículo 24 del Decreto 1045 de 1978.

Así las cosas, le asistió razón a la entidad demandada al señalar que los funcionarios de la planta externa no tienen derecho a dicha prestación, pues desde el momento de su creación legal fueron exceptuados en forma expresa.

Prima de servicios y Bonificación por servicios-

Considera la parte actora que el ministerio tenía la obligación de incluir en la liquidación de sus prestaciones sociales la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, comoquiera que siempre la recibió mientras se desempeñó en la planta interna por lo que debía recibirla al pasar a la externa de la entidad, afirmación que el a quo no compartió por lo siguiente:

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

El Decreto 1042 de 1978 es muy claro al señalar que las disposiciones que constituyen su texto normativo, no son aplicables, entre otros, a los empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan servicio en el exterior. Igual disposición establece el Decreto 2720 de 2000 (artículo 19) y Decretos 2710 y 660 de 2008 (artículos 19 y 18 respectivamente)

Entonces, al pasar de la planta interna al servicio exterior, no tenía el Ministerio de Relaciones Exteriores, porqué cancelar dichas prestaciones.

Aportes pensionales-

Desde el año 2000, concretamente a partir de la sentencia T-1016, la Corte Constitucional ha sostenido que la liquidación de las prestaciones sociales de los empleados del servicio exterior debe realizarse teniendo en cuenta la asignación correspondiente al cargo efectivamente desempeñado, pues lo contrario se constituiría en discriminación, ya que a los trabajadores que han recibido una asignación mayor se les reconocen prestaciones económicas en valores correspondientes a trabajadores que percibieron asignaciones menores.

Tal posición ha sido reiterada por la Corte Constitucional en sentencias C- 292 de 2001 y T- 083 de 2004, entre otras, y en

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

esas condiciones es claro que la jurisprudencia constitucional ha sido precisa al señalar que las cotizaciones para pensión, deben hacerse teniendo en cuenta la asignación que corresponde al cargo realmente desempeñado, pues hacerlo a partir de una asignación distinta o supuestamente equivalente resulta discriminatorio y en esa medida las normas que regulan ese tipo de prácticas son inconstitucionales y deben ser inaplicadas.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional mediante sentencia C-173 de 2004, declaró inexecutable un aparte del párrafo 1º del artículo 7º de la Ley 797 de 2003 que reproducía íntegramente el contenido del artículo 57 del Decreto 10 de 1992, en el sentido de concluir que los aportes para pensión y la liquidación de la misma en el caso de funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores que presten sus servicios en la planta externa, deben hacerse conforme al salario realmente devengado.

Por lo anterior, concluyó el Tribunal que al calcular los aportes pensionales de la actora con un salario menor al que realmente percibió, se le dio por parte de la entidad demandada un tratamiento discriminatorio, situación que desconoció el derecho a la igualdad, así como los principios mínimos fundamentales que en materia laboral consagra el artículo 53 de la Constitución Política.

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

RAZONES DE LA APELACIÓN

En memorial visible a folios 441 y siguientes del expediente, obra el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, de cuyas razones de inconformidad se destacan las siguientes:

El Ministerio de Relaciones Exteriores no liquidó las cesantías anuales a la actora durante el lapso que estuvo vinculada en la planta externa, como tampoco las cesantías definitivas conforme al salario realmente devengado, ni le notificó los valores debidamente sustentados (tiempo, salario base y factores prestacionales), razón por la que las sumas giradas por la entidad demandada al Fondo Nacional del Ahorro por concepto de las respectivas anualidades y las cesantías definitivas por retiro del servicio sin la correspondiente notificación al actor como lo ordenan los artículos 47 y 48 del Código Contencioso Administrativo y 23, 30 y 31 del Decreto Ley 3118 de 1968, no producen efectos legales y tampoco se configuraría la prescripción, pues el término nunca empezó a correr por falta de notificación.

El término de la prescripción del auxilio de cesantías definitivas, se comenzaría a contar a partir de la fecha de retiro de la actora (11 de noviembre de 2004) y el de las cesantías parciales no operaría, toda vez que los actos de liquidación no nacieron a la vida jurídica por falta de

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

notificación y no logró la entidad demandada acreditar la existencia del acto de liquidación ni su notificación, luego no es posible determinar de manera justa la fecha a partir de la cual comenzaría a correr el término de prescripción.

Lo que se quiere demostrar en el presente asunto, es que la actora se encontraba en el mismo régimen laboral y prestacional de un funcionario de carrera diplomática y consular, el cual tiene como particularidad los traslados de la planta interna a la externa del ministerio y las asignaciones salariales mensuales en moneda extranjera, incluyendo prima de costo de vida y subsidio por dependiente.

En este caso, la demandante devengó mensualmente una asignación básica en dólares, así como la prima de costo de vida y el subsidio por dependiente durante el tiempo en el que se desempeñó en los cargos descritos en los hechos de la demanda.

En consecuencia, el traslado no podía implicar desmejoramiento alguno en sus condiciones laborales tal como ocurrió en este caso al no cancelar la entidad las prestaciones que se reclaman.

En relación con la prima de vacaciones reclamada, afirma que el derecho a percibirla se lo otorga el artículo 10 del Decreto 174 de 1975, toda vez que ella fue empleada del Ministerio de

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

Relaciones Exteriores y laboró tanto en la planta interna como en la externa en cumplimiento de los traslados. La entidad sí le reconoció y pagó a la demandante la prima de vacaciones cuando se desempeñó como funcionaria del servicio exterior en un cargo de planta interna pero le negó tal prestación cuando fue trasladada a la externa.

Si se revisa la legislación, desde la expedición del Decreto 174 de 1975 hasta la expedición del Decreto 1045 de 1978, no existe disposición expresa que excluya de la prima de vacaciones a los funcionarios del servicio exterior.

Ni la entidad demandada, ni el fallador de primera instancia, demostraron la existencia de una norma entre la fecha de vigencia del Decreto 174 de 1975 y el 1045 de 1978 que excluya a los funcionarios públicos de carrera diplomática con ocasión de sus traslados a la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores de la prima de vacaciones.

Lo señalado en el artículo 24 del Decreto 1045 de 1978 es una falacia que le sirvió de sustento al Tribunal Administrativo de Cundinamarca junto con la interpretación gramatical que realizó para desconocer el derecho a la prima de vacaciones que el legislador creó para todos los funcionarios públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional sin excepción alguna.

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

Finalmente, considera que el Tribunal omite hacer una reflexión frente a los diversos argumentos planteados en la demanda en relación con la interpretación exegética de las normas citadas en el fallo de primera instancia que conlleva a una discriminación injustificada e implica una desmejora en las condiciones laborales y se constituye en una aplicación de la ley contraria a la Constitución Política.

Para resolver, se

CONSIDERA

En el presente asunto, se controvierte la legalidad de los Oficios Nos. DTH 39743 del 26 de julio, DTH 57369 del 13 de octubre y SGE 68210 del 19 de diciembre de 2005, por medio de los cuales el Ministerio de Relaciones Exteriores negó el reconocimiento y pago de las primas de vacaciones y de servicios, la bonificación por servicios prestados, la reliquidación de sus cesantías, y prima de navidad.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia impugnada, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y ordenó la reliquidación de los aportes para pensión, incluyendo lo efectivamente devengado durante el tiempo en que prestó sus servicios en el exterior.

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

En consecuencia, considera la actora en el recurso de apelación que el Tribunal no hizo un estudio de los argumentos planteados en la demanda e interpretó en forma exegética las normas citadas lo que conlleva a una desmejora en sus condiciones laborales.

En consecuencia, el problema jurídico gira en torno a establecer si la actora tiene derecho a que el Ministerio de Relaciones Exteriores reconozca y pague la prima de vacaciones, la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados y que su cesantías le sean reliquidadas teniendo en cuenta lo que realmente devengó cuando se desempeñó en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores sin asimilarla a un funcionario de la planta interna.

Para efectos de decidir, la sala abordará cada una de las pretensiones pretendidas, así:

Cesantías-

Señala la parte actora que la entidad no expidió acto administrativo, particular, ni concreto en el que se hubiera liquidado el auxilio de cesantías conforme a las previsiones legales ni muchos menos se ha dado por notificada de los mismos, razón por la que no era posible interponer recurso contra actos inexistentes.

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 26 de marzo de 2007, ordenó a la entidad demandada, remitir *“copia auténtica de todos los actos administrativos mediante los cuales se reconoció y liquidó a la actora, el auxilio de cesantías para los años 1999 a 2004 y de la constancia de notificación y oportunidad de recursos contra tales actos”*.

No obstante, revisado el expediente, no aportó ni los actos administrativos solicitados ni la constancia de notificación de los mismos, lo que quiere decir que el Ministerio de Relaciones Exteriores no dio la oportunidad a la demandante de impugnar la decisión ni controvertir el monto de las cesantías que le fueron consignadas en el Fondo Nacional del Ahorro, es decir, no fue posible realizar reclamación administrativa alguna.

El régimen aplicable a la actora en su condición de empleada pública de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en materia de cesantías, es el siguiente:

El Decreto 3118 de 1968 mediante el cual se creó el Fondo Nacional del Ahorro, estableció que las entidades vinculadas a éste debían liquidar y entregar las cesantías de los empedados públicos y trabajadores oficiales de los **ministerios**, Departamentos Administrativos, Superintendencias,

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional.

En los artículos 27 y 28, en relación con la liquidación de las cesantías, estableció lo siguiente:

“...ARTICULO 27. LIQUIDACIONES

ANUALES 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 en 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.

... ARTICULO 28. LIQUIDACION AÑO DE

RETIRO. En caso de retiro del empleado o trabajador, el respectivo Ministerio, Departamento Administrativo, Superintendencia, Establecimiento Público o Empresa Industrial y Comercial del Estado, liquidará la cesantía que corresponda al empleado o trabajador por el tiempo servido en el año de retiro.”

Por su parte, los artículos 30, 31 y 32 del mismo decreto, señalan el procedimiento que debe seguir la entidad para realizar la consignación de las cesantías al Fondo Nacional de Ahorro, así:

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

“ARTICULO 30. NOTIFICACIONES Y RECURSOS. Las liquidaciones del auxilio de cesantía de empleados públicos y trabajadores oficiales de que tratan los Artículos 22, 25, 27 y 28 se notificarán a los interesados, quienes si las encuentran correctas deberán suscribirlas en señal de asentimiento.

Si el respectivo empleado público o trabajador oficial no estuviere conforme con la liquidación practicada podrá hacer uso de los recursos legales correspondientes.

Vencidos los términos establecidos para tales recursos, la liquidación quedará en firme y contra ella no cabrá ninguna otra clase de acciones.” (Rayas)

“ARTICULO 31. COMUNICACION AL FONDO. En firme las liquidaciones, ellas se comunicarán al Fondo Nacional de Ahorro para que éste las acredite en cuenta a favor del respectivo empleado o trabajador.”

“ARTICULO 32. ENTREGA DE LIQUIDACIONES AL FONDO. La Caja Nacional de Previsión Social, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado deberán entregar al Fondo Nacional de Ahorro las liquidaciones previstas en el Artículo 22 dentro de los términos que señale el Gobierno.

Los Ministerios, Departamentos Administrativos, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado entregarán al Fondo las liquidaciones previstas en el Artículo 27, durante el mes de enero del año inmediatamente siguiente.”

De la normativa anteriormente transcrita, observa la Sala que la entidad demandada estaba en la obligación de **notificar el acto de liquidación de las cesantías en debida forma**

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

para que las suscribiera si estaba de acuerdo o en caso contrario tuviera la oportunidad de interponer los recursos pertinentes.

Resueltos los recursos o firmadas las liquidaciones en señal de aceptación, se comunicarían al Fondo Nacional del Ahorro para que fueran acreditadas en la cuenta a favor de la demandante durante el mes de enero del año inmediatamente siguiente.

Sin embargo, se reitera, el Ministerio de Relaciones Exteriores no notificó a la parte actora las liquidaciones anuales de las cesantías restringiéndole la oportunidad de ejercer los mecanismos de impugnación respecto del salario base que tuvo en cuenta para el reconocimiento prestacional, obligándola a presentar el agotamiento de la vía gubernativa y consecuentemente la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en procura de encontrar un mecanismo de defensa de la liquidación de sus cesantías.

Ingreso Base de liquidación de las cesantías-

La Ley 6ª de 1945 establece lo siguiente:

“ARTICULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.
(...)”

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 65 de 1946 previó en materia de cesantías lo siguiente:

“ARTICULO 1. 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 1 de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

PARAGRAFO. Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, comisarías y Municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6a. de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley.”

La parte actora como Funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores, según el ordenamiento jurídico tiene derecho a la liquidación anual de sus cesantías equivalentes a un sueldo anual por cada año de servicios, según la asignación homologa en el servicio interno cuando esté cumpliendo funciones en el servicio exterior.

Normatividad especial Ministerio de Relaciones Exteriores-

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

El Decreto 10 de 1992 en su artículo 57 consagró la forma de liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, así:

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.”(Se Subraya)

El artículo referido fue declarado inexecutable en sentencia de la Corte Constitucional C-535 de 24 de mayo de 2005, MP Jaime Córdoba Triviño, por considerar que con dicha norma se estaba vulnerando el derecho a la igualdad al ordenar que la liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, se debía realizar conforme a la homologación de un cargo equivalente de la planta interna, suma que resultaba inferior a la devengada. En esa oportunidad, sostuvo lo siguiente:

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

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

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, 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...”

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

El Decreto 274 de 2000 *“por el cual Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”* en su artículo 66, dispone

Las prestaciones sociales de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y consular se liquidarán y se pagaran con base en las asignaciones básica mensual y en los conceptos laborales legalmente reconocidos como factores de salario, que le correspondieren en la planta interna.

Este artículo reprodujo un contenido similar al del artículo 57 del Decreto 10 de 1992 razón por la cual también fue declarado inexecutable por sentencia C-292 de 16 de marzo de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, por considerar que el Presidente de la República excedió las facultades otorgadas por el Congreso de la República para aprobar prestaciones sociales de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores. Textualmente expresó la Corte Constitucional:

“... la Corte considera que la autorización conferida al ejecutivo para dictar normas que regulen el régimen de personal de quienes atienden el servicio exterior de la república o le prestan apoyo o hacen parte de la carrera diplomática y consular, no contempla la posibilidad de regular el régimen salarial y prestacional que es materia distinta, reservada por la Carta al Congreso de la República (Artículo 150, numeral 19, literal e) y propia de una ley marco.

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

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. 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."

Con fundamento en la anterior normativa, la entidad demandada manifestó que su actuación se ajustó a la legalidad vigente para la fecha en que se realizó la liquidación del auxilio de las cesantías, normas que ordenan que el salario base sea conforme a un cargo similar al desempeñado por la actora existente en la Planta Interna de la entidad.

No obstante, tal como quedó arriba señalado, las normas que establecieron que las prestaciones sociales de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores se liquidarían según la homologación del empleo con la Planta Interna, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional con fundamento en que el Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias para regular el régimen prestacional y salarial y además porque con ellas se genera

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

una discriminación en la liquidación de las prestaciones al limitar la cotización con un cargo similar del servicio interno.

En conclusión, tal como quedó establecido anteriormente cuando se estudió el procedimiento administrativo respecto de la liquidación de las cesantías, la entidad demandada estaba en la obligación de notificar los actos que la liquidaban anualmente dando la posibilidad al interesado de interponer los mecanismos de impugnación, para que una vez en firme la decisión, se trasladara la prestación a la cuenta particular del empleado en el Fondo Nacional del Ahorro.

Sin embargo, dentro del expediente la entidad demandada no demostró la notificación de las liquidaciones anuales de las cesantías, no puede entonces el Ministerio de Relaciones Exteriores alegar su propia culpa en desmedro de los derechos de la parte actora, razón por la que se revocará parcialmente la sentencia apelada, que declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa frente a la pretensión de reliquidación de las cesantías y en su lugar se ordenará a la entidad demanda reliquidar el auxilio de cesantías reconocidas a la actora por los años que prestó sus servicios en el exterior teniendo en cuenta el salario realmente devengado.

Prima de vacaciones-

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

En desarrollo de las facultades extraordinarias concedidas por el artículo 3° de la Ley 24 de 1974, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 174 de 1975 en el cual se creó la prima de vacaciones para los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, así:

"Artículo 10. Créase una prima de vacaciones equivalente a 15 días de sueldo por cada año de servicio para los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias que actualmente no gocen de este beneficio.
(...)

Por su parte, el Decreto Ley 274 de 1975 se pronunció frente a la prima de vacaciones en los siguientes términos:

Artículo 11. El valor de tres (3) de los quince (15) días de prima de vacaciones, será depositado por el respectivo organismo en la Promotora de Vacaciones y Recreación Social, entidad que manejará estos recursos en cuenta especial y facilitará la expedición de un certificado sobre su valor para que el beneficiario obtenga bajos costos en sus planes vacacionales.

La Promotora también ejecutará proyectos especiales de vacaciones y recreación para empleados públicos, los cuales realizará directamente o a través de otras entidades oficiales que cumplan funciones similares".

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

Si bien las disposiciones transcritas, prevén que a la prima de vacaciones tienen derecho los empleados de los Ministerios sin exclusión o distinción alguna, la Ley 5ª de 1978 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República, entre otras, para revisar y modificar las normas generales sobre asignaciones y prestaciones sociales del personal vinculado a las entidades de la administración pública.

En uso de tales facultades, el Gobierno Nacional profirió el Decreto-Ley 777 de 1978 que recogió las previsiones en relación con prestaciones sociales consagradas en los Decretos Leyes 174 y 230 de 1975 y en el artículo 24 previó que se continuaría reconociendo la prima de vacaciones creada por los referidos Decretos. Sin embargo, dicho decreto tuvo corta vigencia ya que el Gobierno Nacional expidió el Decreto-Ley 1045 del mismo año. En el artículo 24, estableció que la prima de vacaciones creada por los Decretos-Leyes 174 y 230 de 1975 continuaría reconociéndose a todos los empleados con exclusión de los funcionarios del servicio exterior, a quienes a partir de la vigencia del reglamento no se les pagaría esa prestación. Su tenor literal es el siguiente:

Artículo 24º.- De la prima de vacaciones. La prima de vacaciones creada por los Decretos-Leyes 174 y 230 de 1975 continuará reconociéndose a los empleados públicos de los **ministerios,** departamentos

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fuere establecida por las citadas normas.

De esta prima continuarán excluidos los funcionarios del servicio exterior.

En este punto, vale la pena precisar que el Decreto - Ley 1045 de 1978, fue proferido en virtud del artículo 1º, numeral 1 literal a), de la Ley 5 de 1978 *"Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar escalas de remuneración, revisar sistemas de clasificación y nomenclatura de empleos, y dictar otras disposiciones en materia de administración de personal"*.

En consecuencia, no le asiste razón a la demandante al señalar que el inciso 2 del artículo 24 del Decreto-Ley 1045 de 1978 se refería a los extranjeros no domiciliados en Colombia que presten servicios en el exterior como funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores. Al respecto, es necesario recordar que la regulación atinente a la liquidación y pago de prestaciones sociales para esta clase especial de funcionarios, fue dada por el Ejecutivo a través del Decreto 714 de 1978 y no a través del Decreto 1045 de ese mismo año, como alude el apelante.

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

Ahora bien, afirma la actora que la expresión "continuarán", supone la existencia de una norma anterior que haya establecido la excepción, la cual debe ser posterior a la expedición del Decreto Ley 174 de 1975 y que, hasta tanto el Ministerio no demuestre la existencia de disposición, le debe pagar la referida prima.

La Sala no comparte el razonamiento, pues si bien la excepción contenida en el inciso 2º del artículo 24 del Decreto 1045 de 1978, está redactada en tiempo futuro "*continuarán excluidos los funcionarios del servicio exterior*", y no existe certeza sobre la existencia de una norma previa que haya establecido expresamente la exclusión, es claro que la señora BERTA ELISA MORA MORALES no tiene derecho a percibir la prima de vacaciones durante el tiempo en que estuvo laborando en la planta externa, pues su vinculación al Ministerio de Relaciones Exteriores se dio en vigencia del Decreto -Ley 1045 de 1978 y, por tanto, la posible discusión en torno al momento a partir del cual empezó a regir la citada excepción, no es relevante en este caso, en el que resulta claro que la demandante, al prestar sus servicios en el exterior, estaba excluido de percibir tal prima.

De la prima de servicios y la bonificación por servicios-

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

Mediante Decreto Ley 1042 de 1978 *“Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”* el Gobierno Nacional creó la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados a que tienen derecho, entre otros, los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El artículo 45 del citado decreto reguló la bonificación por servicios en los siguientes términos:

“ ..De la bonificación por servicios prestados. A partir de la expedición de este Decreto, créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1^o1.

Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial.

Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1 de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la

¹ **“Artículo 1º.-** Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los **ministerios**, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante”. (Negrillas y subrayas de la Sala).

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa.

En relación con la prima de servicios, el artículo 58 dispuso:

“-Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

Esta prima no se regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre”.

El mencionado decreto estableció unas excepciones a la aplicación de las disposiciones en él contenidas. Así, el artículo 104 excluyó de sus destinatarios a los empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan sus servicios en el exterior quienes, en consecuencia, no tienen derecho a percibir la prima de servicios ni la bonificación por servicios prestados:

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

“Artículo 104º.- De las excepciones a la aplicación de este Decreto. Las normas del presente Decreto no se aplicarán a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones:

a) A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan servicios en el exterior.

b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. **Declarado exequible sentencia Corte Constitucional 566 de 1997.**

(...)”

Es claro entonces, que los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que laboran en el exterior, no son destinatarios de las previsiones contenidas en el Decreto - Ley 1042 de 1978 y por ende, no tienen derecho a percibir la prima de servicios ni la bonificación por servicios prestados.

Finalmente, es preciso aclarar que estas excepciones no constituyen una violación a los principios contenidos en los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, pues el régimen salarial y prestacional de que gozan los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores (viáticos, gastos de representación, menaje doméstico, prima

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

de instalación, entre otros) ciertamente garantizan un nivel de protección igual o superior en relación con los regímenes generales, lo cual desdice abiertamente el argumento según el cual sus condiciones laborales fueron desmejoradas, respecto del cargo que ocupaba en la planta interna de la entidad.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala revocará parcialmente la sentencia apelada en cuanto declaró probadas las excepciones de falta de agotamiento de vía gubernativa e inepta demanda frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantías y en su lugar se dispondrá que no hay lugar a declarar tales excepciones respecto de dicha pretensión y se confirmará en lo demás.

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

FALLA

REVÓCASE PARCIALMENTE la sentencia del 11 de noviembre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por BERTHA ELISA MORA MORALES contra el MINISTERIO DE RELACIONES

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

EXTERIORES, que declaró probadas las excepciones de falta de agotamiento de vía gubernativa e inepta demanda frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantías. En su lugar, se dispone

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de falta de agotamiento de vía gubernativa e inepta demanda frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantías.

SEGUNDO: ORDÉNASE al Ministerio de Relaciones Exteriores, reliquidar el auxilio de cesantías reconocidas a la señora BERTA ELISA MORA MORALES por los años que prestó sus servicios en el exterior, teniendo en cuenta para ello el salario realmente devengado.

TERCERO: CONFÍRMASE en lo demás.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. **CÚMPLASE.**

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Actor: Berta Elisa Mora Morales
Exp. No. 1400-2011

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO