



PROCURADURÍA 80 JUDICIAL ANTE LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE BOGOTÁ

Bogotá D. C. septiembre de 2016

Doctor

OMAR EDGAR BORJA SOTO

Juzgado Treinta y Siete Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá
E. S. D.

REFERENCIA : EXPEDIENTE No. 2013-00115
ACTOR : NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
DEMANDADO : MARIA HORTENSIA COLMENARES FACCINI Y OTROS
ASUNTO : CONCEPTO DE FONDO

Procede esta Agencia del Ministerio Público, dentro de la oportunidad legal, a presentar CONCEPTO DE FONDO en el proceso de la referencia, del cual conoce el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

Mediante apoderado, el Ministerio de Relaciones Exteriores, en ejercicio de la acción de REPETICIÓN, demandó del Juzgado 37 Administrativo de Oralidad de Bogotá, la reparación de los perjuicios presuntamente ocasionados a la demandante, por parte de los señores MARÍA HORTENSIA COLMENARES DE FACCINI, RODRIGO SUÁREZ GIRALDO, PATRICIA ROJAS RUBIO y ITUCA HELENA MARRUGO PÉREZ, producto de la omisión en que ocurrieron al no notificar personalmente las liquidaciones anuales del auxilio de cesantía del señor FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ, desde el 05 de noviembre de 2001 hasta el año 2003, situación que impidió que operara el fenómeno de la prescripción trienal de derechos laborales y la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.1. PRETENSIONES

Como pretensiones, la parte demandante señaló las siguientes:

- 1.- Que se declare civil y administrativamente responsables a los funcionarios y/o exfuncionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores señores MARIA HORTENSIA COLMENARES DE PACCINI - Directora General de Talento Humano del 09 de septiembre de 1999 hasta el 07 de agosto de 2001, RODRIGO SUÁREZ GIRALDO – Director de Talento Humano entre el 16 de septiembre de 2002 y el 08 de noviembre de 2004, PATRICIA ROJAS RUBIO – Jefe de la División de Capacitación de Bienestar Social y Prestaciones sociales entre el 11 de diciembre de 2000 y el 11 de marzo de 2002 e ITUCA HELENA MARRUGO PÉREZ – Coordinadora del Grupo Interno de Nóminas y Prestaciones del 14 al 23 de enero de 2003; por los perjuicios causados al Ministerio de Relaciones exteriores por su conducta gravemente culposa, al omitir el deber legal de notificar personalmente al señor FABIO EMEL PEDRAZA PÉREZ, lo cual impidió que operara el fenómeno de la prescripción de los derechos laborales y la caducidad de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, situación que incrementó la condena que debió pagar la entidad demandante, impuesta a través de sentencia de segunda instancia del Consejo de Estado, de fecha 18 de diciembre de 2010, la cual confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la nulidad de los oficios CNP-60467 de 9 de noviembre de 2004, DTH-5719 de 13 de febrero de 2005 y SGE-17219 del 30 de marzo de 2005, actos mediante los cuales se había negado la solicitud de reliquidación y pago de las cesantías del señor Pedraza, con base en los salarios realmente percibidos más los intereses moratorios desde que se hizo exigible la obligación y hasta el momento del pago.
- 2.- Que se condene a los demandados a pagar la suma de 21.295.620,00 o lo que resulte probado en el proceso, a favor de la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, dinero resultante del pago que debió efectuar la demandante, en cumplimiento de los fallos emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado referidos en el numeral anterior.
- 3.- Que en la sentencia que ponga fin al proceso, conste obligación clara expresa y exigible, a fin de que preste mérito ejecutivo.

4.- Que los demandados paguen intereses sobre la suma reclamada.

La parte demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes:

HECHOS:

1.- Según Decreto 10 de 1992 derogado por el Decreto 274 de 2000, los funcionarios en carrera diplomática y consular de la entidad demandante deben alternar en la plante interna y externa de la entidad.

2.- De acuerdo con los Arts. 29 de la Constitución, 30 del Decreto 3118 de 1968, 44 y siguientes del Decreto Ley 01 de 1984, 32 del Decreto 2126 de 1992, 23 del Decreto 1295 de 2000, 23 del Decreto 2105 de 2011 y 25 del Decreto 110 de 2004, el Subsecretario de Recursos Humanos, posteriormente Director General de Desarrollo del Talento Humano y luego Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, como jefe de la dependencia, debe liquidar y notificar personalmente el auxilio de cesantía a todos los funcionarios de esa entidad, independientemente si prestan servicios en la plante interna o externa.

3.- El señor Fabio Emel Pedraza Pérez, se vinculó con la demandada en carrera diplomática y consular, desde el 15 de junio de 1984 y prestó sus servicios en la planta externa desde el 1 de junio de 1998 hasta el 29 de julio de 2002.

4.- Mediante oficio CNP-60467 de 29 de noviembre de 2004, el Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, negó al señor Pedraza Perez, su petición de reliquidación las cesantías causadas durante el tiempo que laboró en la planta externa, por considerar que fueron liquidadas conforme a la normatividad vigente. Contra dicha decisión, el peticionario presentó escrito de reposición y en subsidio apelación, recursos resueltos mediante oficios DTH-5719 del 3 de febrero de 2005 y SGE No. 17219 del 30 de marzo de 2005 respectivamente - este último suscrito por la Secretaría General- mediante los cuales se niega la reliquidación solicitada.

5.- El señor FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que niegan su petición de reliquidación de las cesantías tomando como base el salario realmente devengado entre el 05 de noviembre de 2011 hasta el año 2003, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó la reliquidación de esa prestación, sin solución de continuidad, teniendo en cuenta que los actos administrativos mediante los cuales se liquidó sus cesantías, no fueron notificados en debida forma por el entidad, por lo cual nunca no adquirieron firmeza, impidiendo así que ocurriera el fenómeno de la prescripción trienal de los derechos laborales y la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de esos actos liquidatorios.

6.- Mediante sentencia de primera instancia del 18 de diciembre de 2008, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acogió las pretensiones de la demanda, razón por la cual el Ministerio de Relaciones Exteriores procedió a reliquidar las cesantías del entonces demandante, conforme al salario realmente devengando durante el tiempo en que el demandante trabajó en la planta externa de la entidad, pagando las diferencias dejadas de percibir, más un 2% de interés moratorio nominal mensual causado sobre esas diferencias desde el momento en que la obligación se hizo exigible hasta el momento del pago y el reconocimiento de la indexación.

7. – La entidad presentó recurso de apelación contra de la decisión emitida por el Tribunal, el cual fue decidido por el Consejo de Estado en sentencia de fecha 04 de noviembre de 2010, confirmando parcialmente la decisión proferida por el Tribunal, modificando únicamente lo relativo a la indexación, pues consideró que esta no procedía.

8.- El Ministerio de Relaciones Exteriores profirió resolución 2122 de 13 de mayo de 2011, en la cual en cumplimiento a la decisión judicial resuelve pagar la suma de \$21.295.620,00 al señor Fabio Emel Pedraza Pérez, suma que fue abonada al Fondo Nacional del Ahorro a la cuenta No. 256039678 del Banco de Occidente.

9.- El 29 de octubre de 2012, los miembros del Comité de Conciliación de la Entidad, deciden por unanimidad, presentar demanda de repetición en contra de los funcionarios que tenían el deber de notificar personalmente los actos administrativos mediante los cuales se liquidó las cesantías del señor Pedraza Perez, durante el tiempo que laboró en la planta externa de la entidad, lo anterior en razón a que afirman que la omisión señalada impidió la causación del fenómeno de la prescripción trienal de los derechos laborales, así como la caducidad de la acción judicial pertinente.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PATRICIA ROJAS RUBIO

La demandada contestó a través de apoderado,, señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en razón a que no se encuentra legitimada por pasiva para acudir al proceso, ya que no existe actuación alguna dolosa o gravemente culposa de su parte, en los hechos que se le endilgan.

A su vez, propone como excepciones de fondo las de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, y Ausencia de Dolo o Culpa grave.

ITUCA HELENA MARRUGO

La demandada contestó a través de apoderado, señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y propone como medios exceptivos previos, los de falta de competencia, indebida acumulación de pretensiones, falta de individualización y separación de los hechos, falta de integración del litisconsorcio necesario; y como medios exceptivos de fondo, propuso los de; inexistencia de los presupuestos de la acción de repetición, falta de legitimación del Ministerio de Relaciones Exteriores para demandar, Ilegitimidad de personería por pasiva, falta de nexo causal, ausencia de culpa grave e ineptitud sustantiva de la demanda.

RODRIGO SUAREZ GIRALDO

el demandado contestó a través de apoderada, señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de sustento fáctico y jurídico, y propone como medios exceptivos los de: falta de integración del contradictorio, inexistencia de dolo o culpa grave, ausencia de estudio por parte del comité de conciliación de la conducta de los demandados, ausencia de responsabilidad solidaria en el marco de la acción de repetición, no asignación de la función de notificación de los actos administrativos de liquidación anual de cesantías al mandante, condena a la demandante por causas diferentes a la falta de notificación de los actos administrativos de liquidación anual de cesantías, ausencia de daño, y la excepción genérica.

MARIA HORTENSIA COLMENARES DE FACCINI

La demandada contestó a través de apoderado, señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y propone como medios exceptivos los de caducidad, rompimiento del nexo de causalidad entre la supuesta indebida notificación y la condena patrimonial impuesta al Ministerio de Relaciones exteriores, inexistencia de culpa grave o dolo por parte de la demandada, falta de legitimación en la causa por pasiva, mala fe del demandante; y como subsidiaria, la de ausencia de solidaridad.

2. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1 Problema Jurídico:

“Establecer si PATRICIA ROJAS RUBIO, ITUCA HELENA MARRUGO PÉREZ, RODRIGO SUÁREZ GIRALDO y MARIA HORTENSIA COLMENARES FACCINI, son responsables por los perjuicios económicos presuntamente causados a la NACION –MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, como consecuencia del pago de \$21´295.620, por concepto de la sentencia proferida dentro del proceso con radicado No. 2005-08742 en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de diciembre de 2008 y en segunda instancia con conocimiento del Consejo de Estado quien profirió providencia el 18 de diciembre de 2010 (sic), suma

cancelada en su totalidad el 17 de Mayo de 2011 al señor FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ, o si se presenta alguna eximente de responsabilidad o no se estructuran los elementos que configuran la responsabilidad de los agentes del Estado” (folios 310 vuelto y 311 del cuaderno principal).

2.2. Análisis Fáctico Probatorio

Documentales

- Se tuvieron como medio de prueba las documentales aportadas por las partes a folios 79, 114, 149 a 222, 277 y 290 del cuaderno principal.
- Respuesta al oficio 015-702 por parte del Fondo Nacional del Ahorro.
- Respuesta al oficio 015-703, por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
- Informe rendido por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Testimonial

- Declaración de Abelardo Ramírez Gasca.
- Declaración de Ovidio Elí González

2.3. Análisis Jurídico:

Del régimen jurídico aplicable

La Acción de repetición se encuentra consagrada en la Ley 678 de 2001, en cuyo artículo segundo se señaló:

“Artículo 2º. Acción de repetición: La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado,

proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. (...)

Artículo 4º . Obligatoriedad. Es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria.

En principio se tiene entonces, que la acción de repetición procede cuando el Estado haya tenido que efectuar un reconocimiento indemnizatorio impuesto por una condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de un conflicto.

DEL CASO CONCRETO:

1. Teniendo en cuenta que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en decisión de 7 de marzo de 2016, al desatar la alzada con ocasión de los recursos de apelación que fueron interpuestos en la audiencia inicial en relación con la no declaración de las excepciones previas de falta de legitimación en la causa, falta de competencia, inepta demanda y caducidad del medio de control por no estar probadas (folios 122 a 137 vuelto del cuaderno del Tribunal), confirmó la decisión del juzgado, sin que esa realidad haya cambiado con la práctica de las pruebas, excepto lo que hace relación con la falta de legitimación en la causa por activa, como luego se precisará, finiquitado el periodo probatorio y practicadas las pruebas que se decretaron, considera esta delegada que es necesario entrar a determinar si MARIA HORTENCIA DEL CARMEN COLMENARES FACCINI, PATRICIA ROJAS RUBIO, RODRIGO SUAREZ GIRALDO e ITUCA HELENA MARRUGO PEREZ, cuando se desempeñaban como funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el periodo comprendido entre el 5 de noviembre de 2001 y el 31 de diciembre de 2003, llevaron a cabo alguna conducta constitutiva de dolo o culpa grave que haya dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado en virtud a la sentencia de segunda instancia proferida por la Subsección "B" de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 10

de Noviembre de 2010, dentro del radicado 25000-23-25-000-2005-08742-01(1496-09), radicado en el que fue demandante FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ y demandado el Ministerio de Relaciones Exteriores?.

2. Respecto de los requisitos que deben aparecer satisfechos para el éxito de la pretensión de repetición, la Sección Tercera, subsección “C” del Consejo de Estado, en sentencia de 20 de septiembre de 2016, dentro del radicado 41001-23-31-000-2010-00167-01(55765), señaló lo siguiente:

“3. Elementos para la procedencia de la acción de repetición.

La Sección Tercera ha explicado en abundantes providencias¹ los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes. Ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición².

Los elementos necesarios y concurrentes definidos para la declaratoria de repetición son los siguientes:

i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena

La calidad y la actuación u omisión de los agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y de su participación en la

¹ Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, entre otras.

² Sentencia de 28 de abril de 2001, expediente: 33407.

expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado.

ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación³, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado.

La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto⁴.

iii) El pago efectivo realizado por el Estado.

La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por una condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación.

iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

La entidad demandante debe probar que la conducta del agente o ex agente del Estado fue dolosa o gravemente culposa conforme a las normas que para el momento de los hechos sean aplicables”.

Así que en el presente caso es necesario establecer si los requisitos objetivos y subjetivos determinados por la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, se cumplen para el éxito de la pretensión de repetición que ha promovido el Ministerio de Relaciones Exteriores.

³ La ley 678 de 2001 agregó que la obligación de pago también puede surgir de una conciliación aprobada legalmente.

⁴ Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de noviembre de 2007, expediente: 30327.

3. Encontramos ausente un riguroso análisis previo a la presentación de la demanda, y por ello, las pretensiones de la demandante son incoherentes a partir de la afirmación de hechos vagos e imprecisos, como se demuestra más adelante. Además, a primera vista no se advierte, que las pretensiones de la demanda en el fondo busquen declaraciones judiciales, que no solo exceden este tipo de control judicial sino que de acceder a ellas, las decisiones entrarán en contravía con el contenido y alcance de la sentencia de segunda instancia que originó el pago en favor del señor FABIO EMEL PEDRAZA, y esto es preocupante toda vez que se advierte a lo largo de las intervenciones de la demandante una mixtura de hechos y afirmaciones indefinidas que en últimas, a partir de aquella según la cual, la pretensión de repetición es de carácter civil y autónoma, lo cual es cierto, se observa que argumentativamente a través de falacias a partir de tales características, se quiere desnaturalizar la pretensión de repetición al eliminar de tajo uno de sus elementos estructurales, esto es, que se trata de una pretensión estrictamente “restitutoria”.

De ahí que en el Manual de Buen uso de la Acción de Repetición y del Llamamiento en Garantía con fines de repetición expedido por la Procuraduría, se insista en que:

“... con la expedición del CPACA la repetición se considerará como un medio de control de naturaleza autónoma en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, distinto del medio de control de reparación directa.

En este mismo sentido se pronuncia la doctrina al señalar que el Legislador consagró en el CPACA que la pretensión de reparación directa es diferente de la pretensión de repetición, por cuanto esta última tiene una naturaleza jurídica restitutoria, mientras que la primera es de carácter indemnizatorio.

En este sentido se entiende que con la pretensión de repetición se aspira a restituir, como lo señala el artículo 142 del CPACA, la suma de dinero que debió pagar el Estado, con ocasión de una condena, una conciliación aprobada judicialmente o cualquier otra forma de terminación de un conflicto,

producto de una conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o particular en ejercicio de funciones públicas. Mientras que con la pretensión de reparación directa se busca una indemnización de un daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado con fundamento en la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en una de las modalidades de título de imputación jurídica”.

En punto a la característica restitutoria y no indemnizatoria de la acción de repetición, o de la pretensión de repetición, conviene destacar que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado coinciden en afirmar que el fundamento constitucional de la acción de repetición aparece en el artículo 90 de la Carta. Evidentemente, el artículo 90 de la Constitución señala lo siguiente:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (el subrayado y destacado es nuestro).

Del contenido de la norma constitucional fluye claramente que el inciso segundo está atado inexorablemente al inciso primero pero, además, el contenido normativo de la disposición constitucional en lo que hace relación a la acción de repetición aparece en los dos incisos, de manera que para efectos de la misma, la disposición constitucional establece las siguientes reglas o condiciones de aplicación de la norma: i) el Estado debió ser condenado judicialmente a responder patrimonialmente por un daño antijurídico; ii) ese daño antijurídico debió ser causado por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; iii) la condena contra el Estado no se limita a la sola y simple responsabilidad patrimonial sino que dicha responsabilidad patrimonial se debe traducir y concretar en una reparación patrimonial por el daño antijurídico causado; iv) debe estar perfectamente individualizado e identificado el

agente del Estado que, en su calidad de autoridad pública, causó el daño antijurídico por acción o por omisión; v) la acción u omisión de ese agente del Estado debe ser consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa del referido agente.

Por consiguiente, en lo que se refiere a la acción de repetición, es claro que la misma hace relación a la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, que por acción u omisión causaron un daño antijurídico que el Estado debió reparar por virtud a una condena, independientemente de si la responsabilidad es extracontractual, precontractual o contractual; por tanto, la pretensión de repetición se fundamenta en una responsabilidad jurídica individual, pues así lo disponen los artículos 6, 90 y 124 de la Carta al señalar que los servidores públicos responden por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones y, además, para determinar esa responsabilidad individual se debe acudir a los criterios de imputación subjetiva que el mismo artículo 90 prevé, esto es, debe existir una conducta dolosa o gravemente culposa que materialice la acción o la omisión del agente del Estado que se concretó en la causación del daño antijurídico.

Ese es el entendimiento de la finalidad “restitutoria” de la pretensión de repetición en el ámbito constitucional, pues en ese sentido la Corte Constitucional, acogiendo la posición del Consejo de Estado, en la sentencia C-644 de 2011, refiriéndose precisamente a la acción de repetición, precisó:

“De otra parte, un aspecto que se debe destacar en cuanto a la aplicación práctica es el señalado por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵ según el cual “quien se ha constituido en parte civil dentro de un proceso penal, igualmente puede demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa, con el fin de perseguir la plena indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima, cuando quiera que hubiese sido afectada a la vez por culpa grave o dolo del agente y falla del servicio. En todo caso la entidad demandada se verá obligada a pagar la totalidad de la indemnización impuesta por el juez administrativo, en una conciliación o en cualquier otra

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 25 de 2.001.

*providencia, salvo que la entidad pruebe en el proceso o al momento de cubrir el monto de la condena, que el funcionario citado en el proceso penal, pagó totalmente el monto de los daños tasados por el juez penal, ahora si prueba que el funcionario pagó parcialmente, a la entidad le asiste el derecho de descontar la suma cubierta por aquél”.*⁶

4. Quiere decir lo anterior que una interpretación sistemática de las normas constitucionales conduce a demostrar que la pretensión de repetición sólo es posible ejercerla, de acuerdo con el artículo 90 de la Carta y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando exista una decisión judicial de condena dictada por la jurisdicción a través de la cual se ordena reparar, vía indemnización, a un particular por el daño antijurídico que le causó una autoridad pública, lo que se ha extendido en otras formas de reconocimiento de una reparación que se concreta en una indemnización como, por ejemplo, la conciliación en la que se reconozca y pague una indemnización en favor de ese particular como consecuencia de un daño imputable al Estado. De ahí que el Consejo de Estado, a partir de la sentencia de la Sección Tercera de 31 de agosto de 2006, con ponencia de la Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, dentro del radicado 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482), de manera reiterada y uniforme ha venido señalado que:

“2. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y LOS PRESUPUESTOS PARA SU INTERPOSICIÓN Y PROSPERIDAD

2.1. La acción de repetición es una acción de responsabilidad patrimonial que permite recuperar u obtener ante la jurisdicción el reembolso o reintegro de lo

⁶ La Corte en sentencia C-430 de 2000, declaró la exequibilidad del artículo 78 del C.C.A. y sostuvo que en desarrollo de la norma los perjudicados pueden demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no solo a la entidad causante del perjuicio, sino al funcionario o a ambos. Pero, en cuanto a la efectividad de la responsabilidad del funcionario armonizó la disposición con el inciso segundo del art. 90 de la Constitución y estimó que los perjudicados no pueden reclamar directamente del funcionario la indemnización por el daño, con ello se garantiza, de un lado, la reparación al perjudicado, porque queda debidamente asegurado con el respaldo patrimonial del Estado, y de otro, se consigue que pueda establecerse dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario en los hechos dañosos, para efectos de la acción de repetición.

pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente al Estado en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor o ex servidor público suyo o de un particular investido de una función pública.

La Constitución Política de 1991, estableció esta acción en el inciso segundo del artículo 90, en los siguientes términos:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

(Subraya la Sala).

El inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política, consagró la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de la cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Como lo ha manifestado la Sala, la citada disposición superior no sólo establece la responsabilidad patrimonial en el ámbito extracontractual, sino que fijó un régimen general, según el cual la noción de daño antijurídico, entendido como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo” y, por ende, contrario a la igualdad frente a las cargas públicas, es aplicable en materia pre-contractual y contractual, fundamentando así la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado.⁷

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencias de 8 de mayo de 1995, Exp. 8118, y 8163 de 13 de julio de 1993, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Y en el inciso segundo del canon constitucional, se reguló la responsabilidad de los agentes del Estado que con su comportamiento doloso o con culpa grave ocasionen el daño por el cual aquél está en el deber de reparar, pero a la vez, en los términos de la disposición en cita, la obligación de repetir por las referidas circunstancias frente a éste. Es decir, el hecho de que el daño haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal, compromete su responsabilidad patrimonial, la cual se determina mediante la acción de repetición que la entidad debe instaurar en su contra en los términos del artículo 90 de la Constitución Política o a través del llamamiento en garantía formulado en su contra dentro del juicio que busca la responsabilidad del Estado.

En el primer evento, la responsabilidad se edifica en la antijuridicidad del daño que le es imputable al Estado, y que deriva en una relación obligacional entre la víctima (acreedor) y el Estado (deudor), y en el segundo, la responsabilidad se estructura en la acción u omisión a título de dolo o culpa grave que le es imputable al agente público en nexo con el servicio, o sea en ejercicio o con ocasión de sus funciones, y de la cual se desprende una relación obligacional entre el Estado (acreedor) y su agente (deudor). En resumen, el primer inciso de la norma constitucional (artículo 90), regula la responsabilidad patrimonial e institucional del Estado frente a la víctima; y en el inciso segundo, la responsabilidad patrimonial y personal del agente público frente al Estado.

(...)

En el anterior contexto de evolución normativa, se expidió la Ley 678 de 3 de agosto de 2001, por medio de la cual se reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de los dos aludidos mecanismos judiciales: la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición, en desarrollo de lo ordenado en el inciso segundo del artículo 90 de la C.P.

En el artículo 2 de la citada ley, se definió la acción de repetición como “una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado [lugar a un] reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.”

La acción de repetición, indiscutiblemente animada en el interés público, en el ámbito administrativo tiene una doble finalidad, de una parte, por su carácter resarcitorio o retributivo, busca la recuperación de los dineros pagados por el Estado a la víctima de un daño antijurídico ocasionado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente público, con lo cual se protege el patrimonio público, porque ese reconocimiento indemnizatorio constituye un menoscabo o detrimento económico que en los precisos términos de la Constitución Política está en el deber de reparar dicho agente a la entidad pública que canceló la condena⁸. De otra parte, persigue prevenir conductas constitutivas de daño antijurídico, por las que a la postre deba responder el Estado, con lo cual se erige como una herramienta para conseguir la moralidad y la eficiencia de la función pública, como garantía de los asociados ante el eventual ejercicio desviado y abusivo de las personas que investidas de autoridad o función pública, utilicen indebidamente el poder en nombre de aquél.

⁸ “La acción de repetición busca responsabilizar patrimonialmente frente al Estado, al funcionario que en ejercicio de sus funciones actúa con dolo o culpa grave causando un daño antijurídico por el cual debe responder el Estado, ya sea como consecuencia de una condena de carácter judicial, o como producto del acuerdo al cual llega con la víctima, para evitar un proceso o terminarlo anticipadamente. En ambos casos el patrimonio del Estado se disminuye y es precisamente la disminución del patrimonio estatal como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, la fuente de la acción de repetición.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 22 de octubre de 1997, Exp. 13977, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

En otros términos, la acción de repetición, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella, tiene por finalidad garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, en la medida en que se constituye en un instrumento jurídico con que cuenta el Estado para disuadir e intimidar a los servidores públicos y demás agentes suyos, con el objetivo de que no obren de manera ostensiblemente negligente (culpa grave) o dolosamente y, por ende, no infieran daños a las personas o a su patrimonio o vulneren sus derechos, en absoluto desconocimiento de la misión y funciones que les asignan la Constitución Política y la ley.⁹

⁹ En los antecedentes que dan cuenta de la discusión en el Congreso de la República del Proyecto de Ley 131 de 1999, que luego se convirtió en la Ley 678 de 2001, que reglamentó la acción de repetición, se señaló como finalidad de la regulación lo siguiente: "La creación de un texto normativo amplio y fuerte sobre la repetición es urgente y debe dirigirse a la consecución entre otras de las siguientes finalidades: 1. Intimidar a los servidores públicos con el objetivo de que no obren de manera negligente ni dolosa. 2. Reprimir moral y pecuniariamente y con severidad, mediante un proceso ágil con salvaguarda del derecho de defensa, las conductas gravemente culposas o dolosas de los agentes del Estado. 3. Promover los principios constitucionales de moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública. 4. Educar las actividades administrativas y las actuaciones de sus funcionarios en procura de una gestión pública que cumpla con eficiencia sus cometidos. 5. Recuperar parte de los dineros que el Estado ha pagado por las faltas de sus agentes. 6. Reducir el número de daños antijurídicos y por consiguiente procesos judiciales de responsabilidad estatal." Cfr. Ponencias para primer y segundo debate Senado de la República, Gacetas del Congreso No. 14 de 10 de febrero de 2000, pág. 9, y No. 198 de 9 de junio de 2000, pág. 13.

La Corte Constitucional en Sentencia C-494 de 25 de junio de 2002, en la que reiteró la Sentencia C-309 de 2000, señaló que "...esa responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado no es de carácter sancionatorio, sino reparatorio, tal como se dijo, entre otras, en la sentencia C-309 de 2000, en la cual a propósito de la responsabilidad fiscal de aquellos, se expresó que: "...esta responsabilidad no tiene carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, pues la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria", lo cual resulta igualmente predicable en relación con la acción de reembolso que consagra el artículo 90 de la Constitución para que el Estado la ejerza con el único propósito de reintegrar a las arcas públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes...". Sin embargo, en la Sentencia C-309 de 20 de abril de 2002, la Corte Constitucional había también sostenido que la acción de repetición y la responsabilidad fiscal constituyen dos modalidades del ius puniendi del Estado, cuando dijo que: "Así, al contrastar la norma demandada con el núcleo temático de la Ley 678, se aprecia que en efecto aquella constituye un cuerpo extraño a la materia desarrollada en esta ley pues la sola circunstancia de corresponder a dos modalidades del ius puniendi del Estado, no son suficientes para superar válidamente el condicionamiento de unidad de materia legislativa fijado por la Carta Política."

En suma, esta acción constituye un mecanismo judicial constitucional y de desarrollo legal, con pretensión civil (resarcitoria), cimentada en la responsabilidad subjetiva del agente público que se deduce exclusivamente a título de dolo o culpa grave, de manera autónoma e independiente a las demás responsabilidades en que puede incurrir (disciplinaria, fiscal, penal), como secuela o prolongación de un reconocimiento indemnizatorio previamente decretado por la jurisdicción¹⁰, y de carácter obligatorio para las entidades públicas (artículos 4 y 8 párrafo 2 de la Ley 678 de 2001).

2.2. De acuerdo con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y las normas que lo desarrollan, para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los presupuestos y requisitos a saber: a) Que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución pacífica de un conflicto; b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación; y c) Que la condena o la conciliación se hayan producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas.¹¹

10 "...si se toma en cuenta que lo pretendido en últimas es el reembolso de lo pagado como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio previamente decretado por la jurisdicción y que como tal la reclamación debe ceñirse al procedimiento señalado para el ejercicio de la acción de reparación directa, de la cual, en la práctica, la repetición viene a ser una secuela o prolongación. Esa acción indemnizatoria denominada en el actual Código Contencioso Administrativo de reparación directa, se caracteriza precisamente porque se ejercita directamente, sin acudir a etapas previas de agotamiento de la vía gubernativa, ni similares...". Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 8 de abril 1994, Exp. Rad. 001, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

11 En cuanto a los requisitos y los presupuestos de la responsabilidad, la Corte Constitucional se pronunció en los siguiente términos: "...Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los (sic) antijurídicos causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público; (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero

Los dos primeros corresponden a los elementos objetivos para impetrar la acción y el último al elemento subjetivo que determina la responsabilidad del agente.

2.3. La Ley 678 de 2001 reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y el llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio, y especificidades, como las definiciones de dolo y culpa grave con las que se califica la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales en las que estaría incurso el funcionario, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; y con el cobijo de los segundos, asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución; así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares en el proceso.

(...)

2.4. Hasta aquí es claro, entonces, que paulatinamente se fueron dando la condiciones y características de la acción de repetición y a manera de conclusión se puede afirmar que se consolidó con el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 un cambio conceptual en esta materia, según el cual se deben diferenciar dos relaciones jurídicas y juicios de responsabilidad patrimonial: una, la relación en la cual se controvierte y se persigue la responsabilidad directa del Estado por el daño antijurídico ocasionado por la acción u omisión de las autoridades públicas y cuyas partes son la entidad

determinada por el juez en su sentencia. “Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público, el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política.” Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001.

pública en calidad de demandada y la víctima en calidad de demandante; y otra, en la que los extremos son el Estado como demandante y el agente público como demandado, en la que se pretende el reintegro del valor de la indemnización que aquél pagó a la víctima del daño, como consecuencia de la actuación dolosa o gravemente culposa de éste con motivo o en ejercicio de sus funciones”.

5. De otro lado, la ley 678 de 2001, en el artículo 2, prevé lo siguiente:

*“La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa **haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.** La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial” (el destacado y subrayado es nuestro).*

Por su parte, el artículo 142 del CPACA señala:

“ARTÍCULO 142. REPETICIÓN. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual

conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño” (el destacado y subrayado es nuestro).

Por consiguiente, desde el punto de vista normativo tampoco cabe duda, que para poder promover el medio de control, la pretensión o la acción de repetición, independientemente de las precisiones terminológicas que puedan haber, para poder repetir contra los agentes del Estado, por lo que la entidad respectiva haya tenido que pagar, es necesario que el Estado haya tenido que pagar a un particular una suma de dinero determinada, como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos, siempre y cuando, dicho reconocimiento indemnizatorio sea, a su turno, consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas.

6. Lo anterior se torna relevante al momento de proferir el fallo que en derecho corresponda en el asunto que ocupa nuestra atención, por cuanto quedó demostrado dentro de este proceso que uno de los fundamentos para promover la pretensión de repetición fueron los fallos de primera y segunda instancia proferidos por la Sección Segunda, subsección D, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 18 de diciembre de 2008 y la Sección Segunda, subsección B, del Consejo de Estado de 10 de noviembre de 2010, respectivamente, dentro del proceso radicado bajo el número 2005-08742, siendo demandante FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ y demandado el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, de acuerdo con los hechos de la demanda y las copias auténticas de estas dos decisiones jurisdiccionales que se han incorporado al proceso y que reposan en uno de los cuaderno de pruebas (folios 384 a 476).

En esta perspectiva, es necesario determinar si los fallos en cuestión, particularmente el de segunda instancia que confirmó la decisión de primera instancia pero con modificaciones y ajustes, impuso al Estado un reconocimiento indemnizatorio, es decir, el deber de reparar, vía indemnización, al señor FABIO EMEL PEDRAZA por el daño antijurídico que se le pudo causar y, sobre esa base, si

por lo menos desde el punto de vista objetivo procede la repetición con fines de restitución o reembolso como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado al señalar los requisitos objetivos y subjetivos para la procedencia de este tipo de control, pretensión o acción.

De acuerdo con lo que está probado, se tiene que el 10 de Noviembre de 2010 la Subsección "B" de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de segunda instancia, dentro del radicado 25000-23-25-000-2005-08742-01(1496-09), en el que fue demandante FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ y demandado el Ministerio de Relaciones Exteriores, se resolvió lo siguiente:

***"Confirmase** 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".*

La parte resolutive del fallo contencioso de Segunda Instancia no es suficiente para entender el contenido y alcance del mismo por ello, como lo dice la parte final de la decisión se debe acudir a “lo expuesto en la parte motiva”, no solo para conocer el contenido y alcance de los mismo sino para poder contextualizar lo decidido con las pretensiones de la demanda presentada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

En el fallo de segunda instancia, cuya copia auténtica se allegó al proceso en la fase probatoria, se dice expresamente lo siguiente:

“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 inexecuibilidad 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.

(...)

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,¹² 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 1991¹³, 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.

¹² En sentencia C-173 de 2004, que declaró INEXEQUIBLES los apartes demandados del artículo 7° 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.”.

¹³ 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.

(...)

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 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.”¹⁴.

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 rata 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 reglamenta. En tales casos, si la providencia que desate el litigio fuere

¹⁴ 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.

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.¹⁵

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.

¹⁵ 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.”

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. ¹⁶

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 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

¹⁶ 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.

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”.

De lo expresado en la sentencia de segunda instancia queda claro, que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el señor FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ , no estuvo encaminada, en ningún momento a que ordenara algún reconocimiento indemnizatorio en su favor, pues lo que reclamó ante la administración, en el año 2004, y luego ante la jurisdicción en el año 2005, fue la reliquidación de su cesantía y del auxilio de cesantía en su condición de funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores, por cuanto estando asignado a la planta externa, la liquidación que el Ministerio hizo en los años 2001 y 2002 no fue con el salario real sino con su equivalente a la planta interna del mismo ministerio; precisamente por ello, en la sentencia de segunda instancia a la que nos hemos referido se hicieron las siguientes precisiones:

“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”.

Pues bien, en primer término, la sentencia es clara en el sentido de que la declaración de inexecutable contenida en la sentencia C-535 de 2005 fue la que habilitó para que el demandante pudiera acudir ante la jurisdicción, en procura de la satisfacción de esas pretensiones pero agregó, esto es muy importante, que la Corte Constitucional en ninguno de sus fallos moduló los efectos de la declaratoria de inexecutable y, por ende, 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**” y agregó que “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” y así lo hizo.

Fijado lo anterior en el fallo de segunda instancia, el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa destacó en esa misma decisión judicial, que hace tránsito a cosa juzgada, lo siguiente:

“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.

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”.

Entonces, al demandante FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ no se le causaron perjuicios, y el interés moratorio reconocido no tuvo el carácter de indemnización, toda vez que fue reconocido como equidad, y para lograr una reparación integral frente a un estado de cosas inconstitucional, que no solo fue reconocido en la sentencia de inexecutable C-535 de 2005, sino que venía siendo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad C-292 de 2001, C-173 de 2004, y las sentencias de tutela T-1016 de 2000, T-534 de 2001 y T-083 de 2004, los que demuestra que lo expresado por esta Delegada son razones suficientes para concluir que, desde esta perspectiva, no aparece reunido el requisito constitucional y legal objetivo relativo a que el Estado debió indemnizar por el daño antijurídico para que proceda la repetición, según ha quedado explicado con detalle en párrafos anteriores.

La manera como fue resuelto el caso, teniendo en cuenta las precisiones puntuales que aparecen en el punto 7 de la decisión a la cual hacemos referencia, demuestran plenamente que el Ministerio de Relaciones exteriores no está legitimada en la causa por activa, porque si bien es cierto existe una condena judicial que genera la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado, y que la entidad pública ha probado suficientemente la existencia de la misma derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, y que ya la pagó, de acuerdo con el contenido de los documentos públicos aportados con la demanda y que se ordenó tenerlos como prueba en el presente asunto, también lo es que esa obligación de pagar tal suma de dinero no proviene de una declaración judicial de carácter indemnizatorio, sino de la superación de un estado de cosas inconstitucional derivado del contenido y alcance de normas jurídicas, que fueron declaradas inexecutable en 2005, tan evidente era el estado de cosas inconstitucional, que el gobierno nacional tuvo que expedir el decreto 4414 de 30 de diciembre de 2004 para tratar de sortear el mismo, a lo que se debe agregar que con fundamento en la prueba recaudada en el proceso que ocupa nuestra atención, se obtuvo copia del derecho de petición y de la respuesta que la administración dio al mismo, actuaciones que dieron lugar a que se demandaran los actos que surgieron del mismo por vía de nulidad y restablecimiento del derecho, y ese derecho de petición de 5 de noviembre de 2004, presentado por el abogado de PEDRAZA PEREZ y que luego fue su apoderado en la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, junto con el oficio a través de oficio CNP 60467 de 29 de noviembre del mismo año a través del cual se le dio respuesta, demuestran que lo que se pretendió en ese momento fue, justamente, se reconociera el efecto inter comunis o inter pares de las decisiones de la Corte Constitucional a las cuales hemos hecho referencia, pero la administración no accedió a ello (folios 226 a 230 del cuaderno de pruebas que contiene las respuestas a los oficios enviados por el Juzgado con fundamento en las pruebas decretadas en la audiencia inicial).

De esta forma también queda delimitado el entendimiento del artículo 8 de la ley 678 de 2001 sobre legitimación y también cual es el entendimiento del requisito objetivo según el cual se requiere “La existencia de una condena judicial, una conciliación,

una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado”

7. Además de lo expresado, en el hipotético caso que se concluya que los intereses moratorios equivalen a un reconocimiento indemnizatorio, que no lo es como ya se expuso y demostró, esta Delegada encuentra también, que la demanda presentada y los hechos invocados en la misma, como ya se advirtió, pretenden que por vía del control de repetición se solucionen los desatinos de la entidad en su defensa en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor PEDRAZA PEREZ, dentro del cual se produjo las sentencias de primera y segunda instancia que ya fueron examinadas.

En efecto, el Ministerio sostuvo a lo largo del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que sus decisiones eran legales, porque así lo disponía el orden jurídico vigente pero alegó permanentemente que había operado la caducidad de los actos administrativos de liquidación del auxilio de cesantía y de la cesantía porque no fueron impugnados oportunamente, incluso se llegó a afirmar que habían sido notificados por conducta concluyente con la remisión de los extractos de la cuenta (véase el resumen de la posición de la demanda en los fallos de primera y segunda instancia a los cuales hemos aludido a lo largo de este escrito y que contienen la condena en contra el Ministerio de Relaciones Exteriores).

Pero en la demanda que ha dado origen a este control de repetición y hasta bien avanzadas las respuestas a las excepciones propuestas por los demandados, ha sostenido que las personas llamadas a responder por repetición “omitieron o notificaron indebidamente” al señor PEDRAZA PEREZ los actos administrativos” señalando que fue esa omisión o la defectuosa notificación al empleado lo que potenció la condena, aduciendo, además, que por no haber notificado las liquidaciones de auxilio de cesantías y de cesantías es que no operó la prescripción de las reclamaciones laborales.

La demandante cuando da respuesta a las últimas excepciones propuestas por la demandada que se notificó en último lugar, pues incluso tuvo que acudir a la

notificación por edicto, cambia su posición para afirmar categóricamente que se trata de la sola omisión de la notificación.

Se advierte que hay incongruencias en los planteamientos de la demandante y este es uno de ellos, pero además, con la pretensión de repetición busca que se cambie la decisión de segunda instancia de 10 de noviembre de 2010, en la que aparece la condena impuesta al Ministerio en la medida que este tema, el de la no notificación y la caducidad o prescripción de las reclamaciones sobre la liquidación del auxilio de cesantía y de la cesantía misma fue resuelta de fondo por la jurisdicción contenciosa en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en que se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia a las cuales nos hemos venido refiriendo.

La jurisdicción, razonó de la siguiente manera sobre esos dos tópicos:

“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 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 expidieron 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

(...)

4) Naturaleza de las cesantías en el caso debatido.

(...)

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 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 2010¹⁷ y 8 de abril de 2010¹⁸, 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

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

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 autoridad competente para que la declaración de nulidad pudiera tener los efectos propios de ella en punto de permitirle reclamar el nuevo calculo 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 1992,¹⁹ 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.

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

¹⁹El Decreto 1181 de 1999 y Decreto 274 de 2000, precisaban que la liquidación de las prestaciones sociales se haría en términos similares.

las 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 es distinta.

(...)

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 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” (el destacado y subrayado es nuestro).

De acuerdo con la transcripción puntual que se ha efectuado del fallo de segunda instancia, es evidente que la ausencia de notificación o la notificación defectuosa de los actos administrativos relacionados con la liquidación del auxilio de cesantía y de la cesantía misma, no jugó ningún papel en la decisión, pues ese aspecto incluso fue desechado como argumento para no superar el estado de cosas inconstitucional que se presentaba.

Tampoco potenció el fallo de condena, porque quedó claro que en este evento, no se exigía el agotamiento de la vía gubernativa de los actos iniciales (las liquidaciones entre el 1 de noviembre de 2001 y 2003) y, por ello, la tesis de la prescripción cada tres años de prestaciones sociales no aplicó ni aplica.

Siendo lo anterior así, si se llegara a aceptar que los intereses moratorios son un reconocimiento indemnizatorio, tenemos que no es cierto lo expresado en el acta de comité de conciliación 209 traído al proceso por la demandada, en lo que hace relación al señor FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ, pues la omisión de la notificación o la notificación defectuosa de los actos en los cuales se liquidaba los auxilios de cesantía y la cesantía, no determinó en manera alguna la condena al pago de lo debido, tampoco el hecho de que no se hubiera notificado incidió en la prescripción alegada, porque tal aspecto tampoco fundamentó el fallo de condena.

3.- CONCEPTO EN ESTRICTO SENTIDO

En estas condiciones, el hecho en que se funda la conducta que considera gravemente culposa, no existió y al no existir no puede efectuarse ningún juicio de responsabilidad individual y subjetiva a MARIA HORTENCIA DEL CARMEN COLMENARES FACCINI, PATRICIA ROJAS RUBIO, RODRIGO SUAREZ GIRALDO e ITUCA HELENA MARRUGO PEREZ, motivo por el cual deben ser declarados no responsables, a efectos de repetición en el presente caso.

Cordialmente,

MARTHA LEONOR FERREIRA ESPARZA

Procuradora 80 Judicial Administrativa