

REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL – Empleado de la planta externa e interna del ministerio de relaciones exteriores / REGIMEN DE TRANSICION – Tiempo para el cálculo del ingreso base de liquidación / PENSIO DE JUBILACION – Promedio de lo devengado en los últimos diez años

Esta Corporación ha dicho, que cuando una persona tiene derecho al régimen de transición en materia pensional, se le debe aplicar íntegramente la norma anterior, en cuanto a la edad, el tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, pero ha existido divergencia en lo que se refiere al tiempo para el cálculo del ingreso base de liquidación, pues, bien puede serlo como lo indique el régimen anterior a la Ley 100, o conforme lo dispone el inciso 3º del artículo 36 de esta ley, y que atañe al interesado hacer el reclamo específico. En razón de lo cual se ha hablado de la “escindibilidad” de la norma en este aspecto, como lo sostuvo la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación, en sentencia del 18 de febrero 2010. En atención a lo anterior, esta Sala acompaña la decisión del Tribunal, que para el cálculo de la pensión de jubilación del actor dispuso se promedien los últimos diez (10) años anteriores a su retiro definitivo del servicio, y no el último año como se desprende del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en tanto que, estimó, le resultaba más favorable.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 / LEY 33 DE 1985

PENSION DE JUBILACION – Factor salarial / FACTOR SALARIAL –No es taxativo / RELIQUIDACION PENSION DE JUBILACION – Establecer el ingreso base de liquidación del promedio de los últimos diez años / PRIMA DE COSTO DE VIDA Y SUBSIDIO POR DEPENDIENTE – No constituyen factor salarial

El Consejo de Estado tiene línea jurisprudencial decantada, en el sentido que cuando alguien es beneficiario del régimen de transición, la palabra “monto” dispuesta en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no está haciendo alusión únicamente al porcentaje contemplado en el régimen anterior, sino a los factores a tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación, que -en este caso - son los que consagra el artículo 3º de Ley 33 de 1985 (modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985). Y no puede perderse de vista que los factores relacionados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, no lo están por vía taxativa, sino enunciativa, tal y como se dejó plasmado en Sentencia de Unificación de Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo, del 4 de agosto de 2010, por lo tanto para establecer el IBL es válido tener como factores, no sólo los mencionados en dicha norma, sino todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por su servicios, independientemente de la denominación que se les dé, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse, salvo las que expresamente excluya la ley, o aquellas sumas que cubren los riesgos o de infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando. En el caso bajo examen, la entidad accionada no estableció el ingreso base de liquidación acogiendo los factores del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, ni lo señalado en la sentencia de unificación, sino los factores consagrados en el Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, con lo cual desconoce el régimen pensional aplicable al demandante, pues, sólo tuvo en cuenta su asignación básica, soslayando que, además, percibió en dólares prima de navidad, durante los periodos en que prestó sus servicios como Cónsul de Colombia en Sao Paulo (2 de enero de 1998 al 16 de julio de 2000) y como Consejero en la embajada de nuestro país ante el Gobierno de Cuba (2 de febrero de 2004 al 31 de julio de 2008).

FUENTE FORMAL: DECRETO 42 DE 1998 / DECRETO 60 DE 1999 / DECRETO 2078 DE 2004 / LEY 33 DE 1985 – ARTICULO 1

TOPE PENSION DE JUBILACION – 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes / TOPE DE 25 SALARIOS MINIMOS – No debe tenerse en cuenta para promediar el ingreso base de liquidación

Si bien pudo faltar un poco de claridad en la redacción del aludido numeral, esta Sala aprecia que no hay lugar a la supresión solicitada, sino a aclarar que dicha expresión está referida y debe ser entendida con respecto del monto de la mesada pensional, una vez sea reliquidada, y no a lo devengado por el actor, pues, de la lectura del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5º de la Ley 797 de 2003 que, a su vez, fue reglamentado por el artículo 3º del Decreto 510 de 2003, se obtiene que el tope de 25 SMLMV es con relación al ingreso base de cotización y al monto de la mesada pensional. En la sentencia C-1054 de 2004, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional dejó muy en claro que el aludido tope es al ingreso base de cotización y al quantum de la mesada pensional. Situación que, igualmente, se entiende en las consideraciones de la sentencia C-173 de 2004, que declaró inexecutable el aparte del párrafo primero del artículo 7º de la Ley 797 de 2003, que decía “para los cargos equivalentes de la planta interna”. Así pues, se reitera, debe entenderse que la mesada pensional mensual que arroje la reliquidación de la pensión del actor, no puede superar el monto de los 25 SMLMV, pero, no debe conjeturarse que ese límite es con respecto al monto de lo que devengó en dólares el demandante, convertidos a pesos colombianos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00709-01(2060-13)

Actor: ABELARDO RAMÍREZ GASCA.

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL- CAJANAL E.I.C.E EN LIQUIDACIÓN (Hoy totalmente liquidada)

APELACIÓN SENTENCIA

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia del 27 de septiembre de 2012, emitida por la Sección Segunda, Subsección D, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el señor ABELARDO RAMÍREZ GASCA demanda¹ se declare la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos: Resolución No.56295 del 14 de noviembre de 2008, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión por vejez; Resolución No. PAP 032526 del 30 de diciembre de 2010, por la cual se resuelve un recurso de reposición, y Resolución No. PAP 053966 del 19 de mayo de 2011, que adicionó la anterior.

Como resultado de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la demandada: **i)** Rehacer la liquidación de su pensión de vejez, con efectos a partir de su retiro definitivo del servicio, teniendo en cuenta para establecer el IBL lo devengado en dólares del 1º de agosto de 1.998 al 16 de julio de 2.000, y del 2 de febrero de 2004 al 31 de julio de 2.008, convertidos a pesos colombianos. **ii)** Pagarle retroactivamente, desde el 31 de julio de 2008 y hasta cuando se produzca su inclusión en nómina, la suma que resulte su favor, y que la misma sea actualizada con base en el IPC certificado por el DANE. **iii)** Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 y 177 del C.C.A.; y se condene en costas y agencias en derecho.

Los hechos sustento de las pretensiones se resumen en los siguientes términos:

El actor laboró en el Ministerio de Relaciones Exteriores del 28 de febrero de 1985 al 31 de julio de 2008, periodo durante el cual desempeñó los siguientes cargos en el exterior, devengando su salario en dólares: Del 1º de agosto de 1998 al 16 de julio de 2000, como Cónsul en el Consulado General de Colombia en Sao Paulo-Brasil; y del 2 de febrero de 2004 al 31 de julio de 2008, como Consejero en la

¹ El escrito de demanda obra a fols.194-254 del cuaderno principal. La demanda fue presentada el 14 de julio de 2011 (reverso fol.254).

Nota: En adelante cuando se citen folios y no se mencione cuaderno, debe entenderse que corresponden al principal.

Embajada de Colombia ante el Gobierno de Cuba.

Que mediante la Resolución No. 56295 del 14 de noviembre de 2008 la accionada le reconoció pensión de vejez, que liquidó de acuerdo al artículo 1º del Decreto 714 de 1978, efectiva a partir del 1º de mayo de 2007, y tasó su mesada mensual en US\$4.267.73, que corresponde al 75% del ingreso promedio base para los últimos 10 años de servicio, del 1º de mayo de 1997 al 30 de abril de 2007, en US\$5.690.31.

Señaló que interpuso recurso de reposición contra el anterior acto administrativo, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. PAP 032526 del 30 de diciembre de 2010, que lo modificó fijando su mesada en pesos colombianos, en la suma de \$5.853.813.73, que corresponde al 75% de ingreso base de liquidación de \$7.805.085.01, calculado para los últimos 10 años, comprendidos entre el 1º de agosto de 1998 y el 30 de julio de 2008.

Dijo que mediante la Resolución No. PAP 053966 del 19 de mayo de 2011, la entidad demandada adicionó la resolución que resolvió el recurso de reposición, en el sentido de descontar de las mesadas atrasadas los valores por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Afirmó que si se tienen en cuenta los salarios devengados en dólares durante los periodos en que prestó sus servicios en el exterior, certificados por el Coordinador de Nómina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, convertidos en pesos colombianos, a la tasa vigente para la época, su pensión arroja un monto mayor al reconocido por la accionada.

Anotó que el promedio mensual actualizado de los últimos 10 años que abarcó la liquidación de su pensión es de \$13.292.933, cuyo 75% arroja una cuantía de \$9.969.699, y CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN se basó en un promedio de \$7.805.085.75, estableciendo su mesada pensional mensual en \$5.853.813.76.

Normas violadas y concepto de violación

Constitucionales: Artículos 1º, 2º, 4º, 13, 25, 29, 48, 53, 58, 83, 209 y 243.
Sentencia C-173 de 2004

Legales: Artículos 1º, 4º, 10 y 21 de la Ley 100 de 1993; artículo 2º C.C.A.; artículo 46 Decreto 692 de 1994.

Dentro del concepto de violación expuso ocho cargos, planteando en todos ellos - como común denominador-, que los actos demandados “*violan parcialmente por exceso de poder*”, las normas de rango constitucional y legal relacionadas, así como la sentencia de constitucionalidad referida, porque para el reconocimiento de su prestación pensional, no se tuvo en cuenta lo realmente devengado en dólares y su conversión a pesos colombianos, durante los periodos en que se desempeñó en cargos en el exterior, sino el equivalente de un cargo de la planta interna.

Aseveró que la demandada desconoció la cosa Juzgada constitucional contenida en la sentencia C-173 de 2004, que declaró la inexecutable de la expresión “*para los cargos en la planta interna*” del parágrafo 1º del artículo 7º de la Ley 797 de 2003, al considerar que era violatoria de los derechos y garantías de orden superior, como el derecho a la igualdad, a la vida, al mínimo vital, al trabajo, igualdad de pensiones y debido proceso. Además, dijo, se desconoció la abundante jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, sobre el tema.

Contestación de la demanda²

CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN ejerció su derecho de contradicción y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que al actor -como beneficiario del régimen de transición-, se le respetó lo consagrado en la Ley 33 de 1985, con relación a la edad, tiempo y monto, pero para establecer el IBL se aplicó la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Propuso las excepciones de: i) *Cobro de lo no debido*; ii) *caducidad*, argumentando que transcurrieron más de 4 meses desde que le fue notificado el acto administrativo demandado; iii) *prescripción*, sobre los derechos que puedan ser reconocidos y sobre los que haya operado tal fenómeno, y iv) la *genérica*.

LA SENTENCIA APELADA³

La Sección Segunda -Subsección D- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 27 de septiembre de 2012, y accedió a las súplicas de la demanda, en los siguientes términos: i) declaró no probadas las excepciones

² Escrito de contestación visible a fols.262-263.

³ Fols.326-348.

propuestas, pero sí la nulidad parcial de los actos administrativos cuestionados; ii) a título de restablecimiento del derecho⁴, condenó a liquidar la pensión de jubilación del actor con el 75% del salario promedio devengado entre el 1º de agosto de 1998 y el 31 de julio de 2008, teniendo en cuenta que en algunos periodos recibió su asignación básica en dólares, con su conversión a pesos colombianos; iii) ordenó reconocer y pagar la diferencia que resulte entre la cantidad liquidada y las sumas canceladas por el mismo concepto, actualizada en los términos del artículo 178 del C.C.A.; iv) la entidad demandada debe descontar los aportes correspondientes, sobre los que no se haya efectuado deducción legal⁵; v) dar cumplimiento a la sentencia conforme los artículos 176 y 177 *ídem*, y negó las restantes pretensiones.

Anotó el Tribunal, que como el actor es beneficiario del régimen de transición, procede reconocer su pensión bajo el marco de la Ley 33 de 1985, en cuanto a los requisitos de edad, tiempo y monto, y liquidarla en los términos del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que ello implique vulneración del principio de inescindibilidad de la norma, por resultarle más favorable, y para acuñar su posición citó providencia del Consejo de Estado⁶, pero, precisó que los factores para establecer el IBL son los del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 (modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985).

Luego, el *a quo*, dibujó un marco legal y jurisprudencial, con relación a las prestaciones de los empleados del cuerpo diplomático y consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, que prestan sus servicios en el exterior, concluyendo que el accionante tiene derecho a que su pensión se reliquide conforme lo realmente

⁴ Textualmente dice el numeral cuarto de la parte resolutive:

*“Se **CONDENA** a la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- EICE en Liquidación, a reconocer y pagar a favor del señor Abelardo Ramírez Gasca, la pensión de jubilación en una suma equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio devengado durante los diez (10) años anteriores a la fecha de adquisición del status pensional, estos es, por el lapso comprendido del **1º de agosto de 1998 al 31 de julio de 2008**, a partir del 1º de agosto de 2008, para lo cual se observará que en algunos periodos el demandante percibió la asignación básica en dólares, sumas que se convertirán al equivalente en pesos colombianos y a las cuales se les aplicará el tope de veinticinco (25) salarios mínimos. Se observará para la conversión el valor de cada moneda en el respectivo periodo devengado”.*

⁵ En el numeral séptimo se dispuso:

“La entidad accionada debe descontar los aportes correspondientes sobre los cuales no se haya efectuado deducción legal, aclarando que dichos aportes deben ser en el porcentaje que corresponda al trabajador, pues lo que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora, la entidad demandada repetirá contra ella para obtener su pago. Sumas que deben ser actualizadas aplicando la fórmula indicada en el artículo precedente”.

⁶ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, del 17 de marzo de 2011, MP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

devengado en dólares, convertidos a la tasa representativa del mercado vigente para la época.

Que el promedio de 10 años para liquidar la pensional, resulta más beneficioso para el demandante, habida cuenta que entre el 1º de agosto de agosto de 1998 y el 16 de julio de 2000, y entre el 2 de febrero de 2004 y el 31 de julio de 2008, recibió su asignación básica en dólares, que osciló en un promedio entre US\$4.500 y US\$7.190.

Estimó que no hay lugar a declarar prescripción de mesadas pensionales causadas, porque entre la fecha en que fue reconocida la prestación pensional y la presentación de la demanda, no transcurrieron tres años.

LA APELACIÓN

Ambas partes presentaron recurso de apelación contra la decisión del Tribunal, aclarando que la parte activa lo hizo de manera adhesiva.

La demandada⁷ pretende la revocatoria total de la sentencia, aduciendo como epicentro que los factores salariales para establecer el ingreso base de liquidación (IBL), son los que taxativamente consagra el Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, porque el actor adquirió su *status* jurídico en vigencia de esta ley, y que la Ley 33 de 1985 únicamente es aplicable al actor en cuanto al monto, edad y tiempo de servicio, pero no respecto de los factores dispuestos en ella para establecer el IBL.

La parte accionante recurre de manera adhesiva⁸, únicamente en lo desfavorable de lo resuelto en el numeral cuarto de la parte resolutive del fallo, en tanto que allí se dice que como en algunos periodos el Sr. Ramírez Gasca percibió sus ingresos en dólares, dichas sumas se convirtieran en el equivalente en pesos colombianos, *“a las cuales se les aplicará el tope de veinticinco (25) salarios mínimos”*, porque ello -dijo- contraría la sentencia C-173 de 2004, pues, no existe un límite a lo devengado, por lo tanto deberá suprimirse dicha expresión, *“sin perjuicio de limitar el monto de la pensión, ésta si al tope de 25 SMLMV que fija la ley”*.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

⁷ El escrito de su recurso obra a fols.352-353.

⁸ Su apelación se ve a fols.356-360.

El accionante presentó alegatos⁹, exponiendo lo alegado en su apelación adhesiva.

La parte demandada también presentó alegatos ante esta instancia¹⁰, reiterando - en esencia- lo expuesto en su recurso.

El Ministerio Público guardó silencio.

No existiendo causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

CUESTION JURÍDICA A DILUCIDAR

Corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho a que la accionada reliquide su pensión de vejez, teniendo en cuenta lo realmente devengado en dólares, durante los periodos en que se desempeñó como funcionario de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, convertidos en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado para la época.

Se establecerá si, como lo sostiene la accionada, para establecer el ingreso base de liquidación (IBL), se deben tener en cuenta sólo los factores dispuestos en el en el Decreto 1158 de 1994, y no los consagrados en la Ley 33 de 1985.

De la misma manera, la Sala despejará si una expresión en la redacción del numeral cuarto del fallo merece ser suprimida, como lo solicita la parte actora.

HECHOS PROBADOS

1) Del registro civil de nacimiento, que obra a fol.42, se deriva que el actor nació el 3 de septiembre de 1948, por lo tanto para el 1º de abril de 1994, cuando empezó a regir el sistema pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad, lo que significa que es beneficiario del régimen de transición establecido en el inciso 2º del artículo 36 de esta ley.

2) Laboró en el Ministerio de Relaciones Exteriores del 28 de febrero de 1985 al

⁹ Fols.419-422.

¹⁰ Fols.415-418.

31 de julio de 2008¹¹. Del 2 de enero de 1998 al 16 de julio de 2000, desempeñó el cargo de Cónsul de Colombia en Sao Paulo; y del 2 de febrero de 2004 al 31 de julio de 2008 como consejero en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Cuba (fols.21-24¹²).

3) Conforme certificación del 18 de marzo de 2011, expedida por el Coordinador de Nómina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores (fols.25-34), donde se hace constar los conceptos salariales devengados por el actor de 1994 a 2008, se obtiene que:

3.1. En los años que regentó el cargo de Cónsul de Colombia en Sao Paulo, además de la asignación básica, percibió prima de navidad, prima de costo de vida y un subsidio por dependiente, en dólares¹³.

3.2. Durante el tiempo que desempeñó el cargo de Consejero en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Cuba, además de la asignación básica, recibió prima de navidad y prima de costo de vida, en dólares¹⁴.

3.3. Si bien percibió prima de costo de vida y el subsidio por dependiente, no lo es menos que no constituyen factor salarial para ningún efecto legal (Decretos 42 de 1998, 60 de 1999 y 2078 de 2004¹⁵).

3.4. Se dice textualmente en esta certificación, que *“el Ministerio de relaciones*

¹¹ Le fue aceptada renuncia a partir del 1º de agosto de 2008, por medio de la Resolución No.2620 del 16 de julio de 2008 (fols.35-36).

¹² A estos folios obra certificación expedida el 22 de octubre de 2010, por el Coordinador de Nómina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, donde constan el tiempo de servicios y los cargos desempeñados por el actor.

¹³ En el año 1998 y 1999 tuvo una asignación básica y prima de navidad de US\$4.500. De enero a junio de 2000 una asignación básica de US\$4.500, julio US\$2.400, y una prima de navidad de US\$2.250 (fols.28-29).

Nota: de agosto de 2000 a diciembre de 2003, desempeñó cargo en la planta interna y su asignación básica fue en pesos colombianos, además, recibió bonificación por servicios, prima de servicios, de vacaciones y de navidad, también en moneda colombiana (fols.29-30).

¹⁴ De febrero de 2004 a marzo de 2005 una asignación básica de US\$6.830, abril de 2005 asignación de US\$6.902, y una prima de navidad en el 2004 de US\$6.830 (fols.30-31). De mayo de 2005 a julio de 2008 una asignación básica de US\$7.190, con una prima de navidad para los años 2005, 2006 y 2007 de US\$7.190, y en el 2008 de US\$4.194 (fols.30-33).

¹⁵ *“Por el cual se fijan las asignaciones básicas mensuales, la prima de costo de vida, el subsidio por dependientes, los gastos de representación y se dictan otras disposiciones en materia salarial para los funcionarios diplomáticos, consulares y administrativos del servicio exterior de la República de Colombia”.*

Textualmente dice el artículo 9º de este decreto: *“La Prima de Costo de Vida y el Subsidio por Dependientes no constituyen factor salarial para ningún efecto legal”.*

Inclusive dispone su artículo 11, que los gastos de representación tampoco son factor salarial para ningún efecto legal.

exteriores en cumplimiento de la sentencia C-173/04, a partir del 1º de mayo de 2004 empezó a aportar para el Sistema General de Seguridad Social, tomando como base de cotización el salario realmente devengado en divisas, teniendo en cuenta los topes de ley (25 salarios Mínimos Mensuales Vigentes)".

4) CAJANAL EICE, mediante la Resolución No. 56295 del 14 de noviembre de 2008 (fols.6-10), reconoce y ordena el pago de pensión por vejez al señor Abelardo Ramírez Gasca, en un monto de US\$4.267.73, efectiva a partir del 1º de mayo de 2007, siempre y cuando demuestre retiro definitivo del servicio.

Se extrae de esta resolución que: **a)** Se acepta que es beneficiario del régimen de transición. **b)** adquirió el *status* jurídico el 27 de febrero de 2005; le liquidaron con el 75% del promedio de los salarios de 10 años, y en aplicación del Decreto 1158 de 1994, sólo le tuvieron en cuenta su asignación básica, salvo en el año 2000, 2001 y 2003 en que, además, le tuvieron en cuenta bonificación por servicios prestados, en los que devengó en moneda colombiana.

5) Por Resolución No. PAP 032526 del 30 de diciembre de 2010 (fols.12-16), CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN resolvió el recurso de reposición interpuesto por el actor, reliquida la pensión con ocasión de su retiro definitivo del servicio y modifica a moneda colombiana el monto de la pensión, quedando su mesada pensional mensual en \$5.853.813.76, efectiva a partir del 1º de agosto de 2008.

Para liquidar promedian 10 años, del 1º de agosto de 1998 al 30 de julio de 2008, y aplicando el mismo Decreto 1158 de 1994, le tienen en cuenta los mismos factores iniciales.

6) Mediante la Resolución No. PAP 053966 del 19 de mayo de 2011, CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN adicionó la anterior resolución, para descontar de las mesadas atrasadas la suma de \$9.675.461, por aportes para pensión de factores de salario no efectuados.

ANOTACIONES DE LA SALA Y RESOLUCIÓN DEL CASO

Por tratarse de un tema que hoy día no genera disensiones al interior de la Corporación, la Sala de manera sucinta esbozará un marco legal y jurisprudencial, con relación al reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de los empleados del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, para indicar que el ingreso base de liquidación no debe fijarse teniendo en cuenta la

asignación de un cargo equivalente en la planta interna, sino el realmente devengado en el exterior, ya sea en dólares u otra moneda, entre tanto no sea inferior al interno. Para lo cual, tenemos:

El Decreto 2016 de 1968, *“Por medio del cual se organiza el Servicio Diplomático y Consular”*, consagró en su artículo 76, la forma cómo habrían de ser pagadas las prestaciones sociales de los empleados del servicio exterior, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 76. Las prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalentes en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del presente estatuto y salvo lo previsto en el artículo 66”

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 1253 de 1975, modificó la disposición anterior. El texto de la norma es el siguiente:

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

Existió un nuevo retroceso legislativo con la Ley 41 de 1975, que derogó la anterior disposición y dispuso en su artículo 2º, la liquidación prestacional con base en el cargo equivalente, y así fue reproducida posteriormente por el Decreto Ley 10 de 1992, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 57. Las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, a excepción de los administrativos locales, se liquidarán y se pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores.”¹⁶.

Esta disposición fue derogada por el Decreto 1181 de 1999, proferido por el Presidente de la República en virtud de facultades conferidas por el artículo 120, numeral 5º, de la Ley 489 de 1998. Dispuso el ordenamiento señalado en su artículo 95, lo siguiente:

“Artículo 95. Vigencia. El presente Decreto tiene vigencia a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Decreto 10 de 1992 y el Decreto 1111 de 1995.”

Además, el Decreto 274 de 2000, por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular, señaló en el artículo 96:

¹⁶ Artículo declarado inexecutable en sentencia C-535 de 2005, MP Dr. Jaime Córdoba Triviño.

“ARTICULO 96.- Vigencia.- El presente Decreto tiene vigencia a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Decreto 10 de 1992 y el Decreto 1111 de 1995.”

A pesar que este decreto-ley dispuso la derogatoria del Decreto Ley 92 de 1992, en su artículo 66 se consagró de nuevo el reconocimiento prestacional con el equivalente de planta interna, así:

ARTICULO 66.- Liquidación de Prestaciones Sociales.- Las prestaciones sociales de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular se liquidarán y se pagarán con base en la asignación básica mensual y en los conceptos laborales legalmente reconocidos como factores de salario, que le correspondieren en planta interna.”

El artículo 66 del Decreto Ley 274 de 2000, en particular, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-292 de 2001, MP Dr. Jaime Córdoba Triviño, por haber excedido el Presidente de la República las facultades conferidas por el numeral 6º del artículo 1º de la Ley 573 de 2000.

No obstante la derogatoria del Decreto Ley 92 de 1992 y la inexecutable del artículo 66 del Decreto Ley 274 de 2000, en el párrafo primero del artículo 7º de la Ley 797 de 2003 nuevamente se dispuso, que para los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cálculo del ingreso base de cotización y de liquidación, será con la asignación básica mensual y los factores salariales establecidos para los cargos equivalentes de la planta interna, en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cálculo del ingreso base de cotización de los funcionarios que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, se tomará como base la asignación básica mensual y los factores salariales establecidos en las normas vigentes para los cargos equivalentes de la planta interna. En todo caso, el ingreso base de liquidación de estos servidores también será el establecido en las normas vigentes para los cargos equivalentes en la planta interna, teniendo en cuenta los toques de pensión que sean aplicables”.

Razón por la cual, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de las expresiones “para los cargos equivalentes de la planta interna”, a través de la sentencia C-173 de 2004, MP Dr. Eduardo Montealegre Lynett, donde, entre otras cosas, señaló:

“Los aportes para pensión y la liquidación de la misma en el caso de funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores que presten sus servicios en la planta externa deben hacerse conforme al salario

realmente devengado.

12- Esta Corte ya ha estudiado el asunto planteado en esta oportunidad en diferentes ocasiones. Así, en diversos procesos de tutela, antiguos funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores consideraron vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la subsistencia digna y al mínimo vital, por cuanto el mencionado ministerio había liquidado los aportes al sistema de pensiones sobre un ingreso base de cotización que no corresponde al que realmente devengaron cuando se desempeñaron como funcionarios públicos en el servicio exterior. Tal es el resultado del establecimiento de equivalencias entre los cargos de planta interna y los de planta externa, y específicamente al punto de las equivalencias salariales.

13- En la sentencia T-1016 de 2000, la Corte estudió la tutela interpuesta por Pedro Felipe López Valencia contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Instituto de Seguros Sociales. En aquella oportunidad el actor ya había solicitado al Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el ejercicio del derecho de petición, una nueva certificación sobre el ingreso base de liquidación y éste había mantenido intangible su decisión de basarse en las equivalencias. Por tal razón la Corte concedió el amparo, pues la liquidación de su pensión no fue hecha con base en la remuneración que efectivamente recibió sino en el salario menor correspondiente a una función distinta.

Por su parte, la Sentencia T-534 de 2001 analizó también la situación pensional de un exembajador. En aquella oportunidad el peticionario ya había interpuesto los recursos de reposición y apelación ante el Seguro Social, y en ellos cuestionó, entre otros asuntos, la determinación del salario base de liquidación para los servidores públicos en el exterior. En esa ocasión este Tribunal tuteló los derechos del peticionario pues, a pesar de los reclamos elevados, el monto de liquidación de su pensión no había sido corregido.

En la sentencia T-083 de 2004 la Corte concedió la acción de tutela interpuesta por Carlos Villamil Chaux pues los salarios que él realmente devengó cuando se desempeñaba como cónsul general de Colombia en Berlín no fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión en virtud de las equivalencias.

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. Es decir, lo recibido no correspondería al empleo, ni a las funciones, ni a las cargas propias del trabajo desempeñado. 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). Sobre este particular la Sentencia T-1016 de 2000 expresó lo siguiente:

“...se afecta ostensiblemente la igualdad si a todos los trabajadores se les liquida la pensión según el salario devengado y por el contrario a unos servidores del Estado se les computa con base en el salario de otros funcionarios que reciben sumas muy inferiores a la que percibe el aspirante a pensionado. No sirve de argumento que se hubiere laborado en el exterior porque como bien lo dice la Corte Suprema:

'Es válido que el empleador reconozca una pensión de jubilación, computando el tiempo laborado por el trabajador en territorio colombiano, con el laborado en otro país y en desarrollo de un contrato de trabajo diferente, pues es lícito variar las condiciones de tiempo, modo y lugar' (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, abril 15 de 1997). Jurisprudencia que es válida también para funcionarios del Estado.” (Sentencia T-1016 de 2000).

15- De otro lado, es imperativo tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 ordena tener en cuenta el salario real del trabajador para los efectos de la liquidación de las prestaciones sociales (arts. 17 y 18). Tal criterio recoge principios constitucionales tales como la proporcionalidad entre el trabajo desempeñado y la remuneración al mismo. En este sentido, la citada Sentencia T-1016 de 2000 anotó que, conforme con la Constitución, el legislador está plenamente habilitado para establecer los porcentajes sobre los cuales ha de pagarse la pensión y el monto de la misma, pero no para “excluir el salario del trabajador como elemento calificador del monto pensional”.

Así, la Corte encontró en los casos precitados que este tipo de cálculo -a través de la equivalencia- establece una clara discriminación en perjuicio de los funcionarios públicos del servicio exterior, contraria al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución. Además, la Sentencia T-534 de 2001 aclaró que, aun cuando la Corte avaló el establecimiento de equivalencias entre cargos en el servicio exterior y en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, permitiendo así que un embajador pueda ser designado en un cargo equivalente o en el inmediatamente inferior, dicha equivalencia solo es admisible en cuanto busca “evitar una nominación en planta interna en un cargo que no guarde correspondencia con la investidura del cargo que se ejerce en planta externa”, por lo cual resulta constitucionalmente inaceptable utilizarla para “perjudicar los derechos del servidor de tal manera que la pensión a que tenga derecho termine liquidándose con un salario base que no corresponde al cargo ejercido en planta externa sino a uno en planta interna con una remuneración inferior”.

16- Visto todo lo anterior es claro que en cuanto a la cotización y liquidación de aportes para pensión de quienes hicieron parte del cuerpo diplomático en el exterior, existe una línea jurisprudencial consolidada, en el sentido de sostener que tal liquidación debe hacerse tomando como base el salario realmente devengado por el ex trabajador y nunca un salario inferior, que además es ficticio, pues no corresponde realmente al cargo desempeñado y a las responsabilidades derivadas del mismo. Y la razón es que la pensión es un salario diferido. De ello se sigue la inconstitucionalidad de cualquier norma o disposición que ampare una liquidación de aportes con base en un salario equívocamente denominado equivalente, que en realidad resulta ser menor al recibido por el titular del derecho.

Teniendo en cuenta que se trata de un tratamiento claramente discriminatorio es evidente que la forma de cálculo de la pensión de quienes prestaron parte de sus servicios diplomáticos en el extranjero desconoce el derecho a la igualdad

en materia pensional tal como está consagrado en la norma parcialmente demandada.

17- Para la Corte, la norma establece un trato distinto entre categorías de funcionarios iguales, los servidores públicos, pues permite que la pensión de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores sea calculada de manera distinta a la del resto de servidores públicos. En efecto, mientras que la regla general es que la pensión se calcula con base en el salario efectivamente devengado por el funcionario, en este caso se establece que, para los períodos en que la persona prestó sus servicios en la planta externa, tanto la cotización como el monto de la pensión se calcularán con base en el salario previsto para los cargos equivalentes en la planta interna.

Es indiscutible entonces que la disposición que establece como forma de cotizar y liquidar los aportes para pensión a partir del salario de un cargo equivalente pero sustancialmente menor al devengado, es contraria a la jurisprudencia sobre la materia y violatoria de los principios y derechos de dignidad, igualdad, mínimo vital y seguridad social. Obviamente la norma crea un factor ficticio que intenta excluir el salario real devengado, o una buena parte de éste, del cálculo del monto de la pensión.

18- Conforme lo expuso esta Corporación con suficiente amplitud en algunos de los fallos antes citados, la aplicación de la equivalencia para cotizar y liquidar los aportes a pensión resulta abiertamente discriminatoria ya que permite que sólo a cierto sector de trabajadores estatales: los que laboran en el servicio exterior, se les liquiden sus prestaciones sociales, particularmente la pensión de jubilación, de acuerdo con el salario percibido por otros servidores que reciben sumas inferiores. Así, mientras el monto de las prestaciones para la generalidad de trabajadores de los sectores público y privado es calculado de conformidad con el salario causado, el tratamiento recibido por quienes hacen parte del servicio exterior es sustancialmente diferente, sin que exista una justificación constitucionalmente razonable que ampare tal distinción. Así, incluso la finalidad perseguida por la norma se perfila como inconstitucional, pues pretende desconocer el salario como base para liquidar la pensión, así como para determinar las cotizaciones. Cabe reiterar entonces que el criterio aportado por el monto del salario realmente devengado es insoslayable, pues la pensión debe reflejar la dignidad del cargo desempeñado, ya que éste también estuvo acompañado de cargas y responsabilidades que el funcionario desempeñó de manera satisfactoria, hasta el punto de obtener su derecho pensional en el tal profesión.

19- Cabe agregar que la Ley 100 de 1993 (arts. 17 y 18) en forma sistemática promueve el derecho a la igualdad de los trabajadores en materia prestacional, pues es desarrollo del querer del Constituyente, ya que la Carta consagra la igualdad como un principio fundante del Estado (art 13 C.P.) y la universalidad como un principio esencial del derecho a la seguridad social (art. 48 C.P.). Concluye entonces la Corte que para que se entienda garantizado el principio de igualdad y los objetivos superiores que informan el derecho a la seguridad social, la liquidación de aportes para pensión debe llevarse a cabo con base en el salario real recibido por el trabajador y en ningún caso con base en un salario inferior, por lo anterior se impone declarar la inconstitucionalidad de los apartes acusados.

20- La inexequibilidad de estos apartes corrige además la reiterada violación a la igualdad que se ha venido presentando. Así, todas las acciones de tutela

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

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

Es más, a pesar de hallarse derogado el artículo 57 del Decreto 92 de 1992, nuestro Tribunal Constitucional mediante sentencia C-535 de 2005, MP Dr. Jaime Córdoba Triviño, lo declaró inexecutable, fundado en que podría encontrarse produciendo efectos jurídicos. En este fallo, la Corte no sólo acoge íntegramente lo argumentado en la sentencia C-173 de 2004, sino lo que se había dicho en reiteradas decisiones de tutela, tales como la T-1016 de 2000, T- 534 de 2001 y T-083 de 2004.

A partir de la doctrina constitucional acabada de mencionar, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en ambas Subsecciones, consolidó una línea jurisprudencial, de acuerdo con la cual, la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, con base en el salario de cargos equivalentes en la planta interna, vulnera los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad y, además, lesiona, en casos concretos, los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del pensionado o aspirante a pensionado.¹⁷

DECISIÓN DEL CASO.

1. No está en discusión que el actor cumple presupuestos para gozar del régimen de transición de que trata el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que nació el 3 de septiembre de 1948, razón por la cual es

¹⁷ Al respecto se pueden consultar, las siguientes providencias: De la Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de octubre de 2010, radicado interno 0539-09, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, y sentencia del 1º de marzo de 2012, radicado interno 2613-08, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón. De la Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 11 de marzo de 2010, radicado interno 0543-2009, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado interno 2128-09, MP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, y sentencia del 3 de marzo de 2011, radicado interno 1491-10, CP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, por mencionar algunas.

procedente que su prestación pensional se le reconozca bajo el marco de la Ley 33 de 1985.

A pesar de lo anterior, la accionada no reconoció la pensión con el 75% del promedio los factores salariales del último año de servicio, sino de los últimos diez (10) años, que comprendieron del 1º de agosto de 1998 al 30 de julio de 2008, aplicando lo consagrado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100, lo que -en principio- podría comportar un desconocimiento del "*principio de inescindibilidad*", sin embargo, ello en el caso que nos ocupa no es así.

Y no es así, porque vistas las pretensiones y los hechos, el actor no está discutiendo que en el reconocimiento de su prestación haya existido una indebida aplicación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino que en la liquidación de la misma no se tuvo en cuenta lo que realmente devengó en dólares, y su conversión a moneda colombiana, durante los tiempos en que desempeñó cargos de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores. Y ante el hecho incontrovertible que la jurisdicción contencioso administrativa es de naturaleza rogada, el análisis de la legalidad sobre los actos demandados debe ceñirse estrictamente a lo reclamado por el demandante.

Esta Corporación ha dicho, que cuando una persona tiene derecho al régimen de transición en materia pensional, se le debe aplicar íntegramente la norma anterior, en cuanto a la edad, el tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, pero ha existido divergencia en lo que se refiere al tiempo para el cálculo del ingreso base de liquidación, pues, bien puede serlo como lo indique el régimen anterior a la Ley 100, o conforme lo dispone el inciso 3º del artículo 36 de esta ley, y que atañe al interesado hacer el reclamo específico. En razón de lo cual se ha hablado de la "*escindibilidad*" de la norma en este aspecto, como lo sostuvo la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación, en sentencia del 18 de febrero 2010¹⁸.

¹⁸ Radicado interno 0836-08, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Se anotó en esta providencia:

"Si bien la aplicación de la favorabilidad implica la adopción integral de la norma escogida por virtud del principio de inescindibilidad de la Ley que le es inherente, debe anotarse que el régimen de transición se constituye en la excepción a dicha regla hermenéutica, pues la redacción misma del precepto legal habilita la aplicación simultánea de los dos ordenamientos (el amparado por el régimen de transición y en cuanto a la liquidación del derecho el contenido en el inciso 3º), y en éste caso la conclusión obligada es la escindibilidad de la norma en función de la favorabilidad.

(...)

"De acuerdo con lo anterior se tiene, que la liquidación del derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, no impone una regla jurídica homogénea en la resolución judicial de los conflictos que al respecto se presentan, sino que admite tres hipótesis que dependerán básicamente en cada caso del contenido del petitum y del acervo

En atención a lo anterior, esta Sala acompaña la decisión del Tribunal, que para el cálculo de la pensión de jubilación del actor dispuso se promedien los últimos diez (10) años anteriores a su retiro definitivo del servicio, y no el último año como se desprende del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en tanto que, estimó, le resultaba más favorable.

2. El Consejo de Estado tiene línea jurisprudencial decantada, en el sentido que cuando alguien es beneficiario del régimen de transición, la palabra “*monto*” dispuesta en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no está haciendo alusión únicamente al porcentaje contemplado en el régimen anterior, sino a los factores a tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación, que -en este caso - son los que consagra el artículo 3º de Ley 33 de 1985 (modificado por el artículo 1º¹⁹ de la Ley 62 de 1985²⁰).

probatorio que lo respalde, pues si bien en la mayoría de casos resulta benéfica la aplicación integral del contenido del régimen de transición -tratándose de regímenes generales la liquidación aritmética ordenada en las Leyes 33 y 62 de 1985-, en otros resulta favorable el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas contenidas en el inciso 3º del artículo 36 ibídem, como en aquellos casos en los que el empleado obtuvo mayores ingresos salariales precisamente en los años que precedieron el último año de servicios, situación que teniendo en cuenta el régimen general anterior arrojaría un Ingreso Base de liquidación pensional inferior al que podría obtener el pensionado aplicando el inciso 3º en mención, que ordena su cálculo con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión con la actualización año tras año conforme al IPC, CASO EN EL QUE CORRESPONDE AL INTERESADO ALEGAR Y PROBAR LA FAVORABILIDAD DE DICHA NORMA, por lo expuesto en el párrafo anterior.” (Mayúsculas ajenas al texto original).

¹⁹ Dice el artículo 1º de la Ley 62 de 1985:

“Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

²⁰ Señaló esta Corporación en sentencia del 21 de septiembre de 2000, radicado interno 470-99, CP Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, con relación al inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se dijo:

“...Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

Monto, según el diccionario de la lengua, significa “Suma de varias partidas.” (...) (Diccionario de la Lengua “Española”, Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra “monto” que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.”

Y no puede perderse de vista que los factores relacionados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, no lo están por vía taxativa, sino enunciativa, tal y como se dejó plasmado en Sentencia de Unificación de Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo, del 4 de agosto de 2010, por lo tanto para establecer el IBL es válido tener como factores, no sólo los mencionados en dicha norma, sino todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse, salvo las que expresamente excluya la ley, o aquellas sumas que cubren los riesgos o de infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.²¹

En el caso bajo examen, la entidad accionada no estableció el ingreso base de liquidación acogiendo los factores del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, ni lo señalado en la sentencia de unificación, sino los factores consagrados en el Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, con lo cual desconoce el régimen pensional aplicable al demandante, pues, sólo tuvo en cuenta su asignación básica, soslayando que, además, percibió en dólares prima de navidad, durante los periodos en que prestó sus servicios como Cónsul de Colombia en Sao Paulo (2 de enero de 1998 al 16 de julio de 2000) y como Consejero en la embajada de nuestro país ante el Gobierno de Cuba (2 de febrero

En similar sentido se puede consultar sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, del 31 de enero de 2008, radicado interno 1454-07, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²¹ En la Sentencia de Sala Plena de la Sección Segunda, del 4 de agosto de 2010, radicado interno 0112-09, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, entre otras cosas, se dijo:

...LA PRESENTE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN arriba a la conclusión que la ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados...

(...)

*Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional."

de 2004 al 31 de julio de 2008).

Igualmente, la accionada desconoció que entre agosto de 2000 y diciembre de 2003, tiempo durante el cual el Sr. Ramírez Gasca desempeñó un cargo en la planta interna del Ministerio, devengó -en pesos colombianos-, además de la asignación básica, bonificación por servicios, prima de servicios, de vacaciones y de navidad. Pues, sólo tuvo en cuenta durante este término la asignación básica y la bonificación por servicios, dejando por fuera los otros factores.

Así las cosas, en aplicación del marco jurisprudencial reseñado, estima esta Colegiatura, que la parte pasiva deberá liquidar de nuevo la pensión de jubilación del actor, y para establecer el IBL del promedio de diez (10) años -entre el 1º de agosto de 1998 y el 30 de julio de 2008-, deberá asumir lo que realmente recibió el actor en dólares por asignación básica y prima de navidad, convertidos a pesos colombianos a la tasa representativa del mercado, vigente para la época; y lo que entre agosto de 2000 y diciembre de 2003 recibió en pesos colombianos, por concepto de prima de servicios, de vacaciones y de navidad, conforme certificación expedida por el Coordinador de Nómina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, donde aparecen relacionados los conceptos salariales devengados por el actor (fols.25-34).

Pero, aclara la Sala, la *prima de costo de vida y el subsidio por dependiente*, que también recibió en dólares el demandante, durante el tiempo que desempeñó cargos en la planta exterior, NO deben ser tenidos en cuenta para liquidar su prestación pensional, porque no constituyen factor salarial para ningún efecto legal, tal y como se desprende de los Decretos 42 de 1998, 60 de 1999 y 2078 de 2004 (ver pie de página 15).

3. La parte activa en su apelación adhesiva, estima que debe suprimirse del numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal, la expresión “*a las cuales se les aplicará el tope de veinticinco (25) salarios mínimos*”, porque – sostiene- da a entender que ese tope es sobre los ingresos devengados.

Si bien pudo faltar un poco de claridad en la redacción del aludido numeral, esta Sala aprecia que no hay lugar a la supresión solicitada, sino a aclarar que dicha expresión está referida y debe ser entendida con respecto del monto de la mesada pensional, una vez sea reliquidada, y no a lo devengado por el actor, pues, de la lectura del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5º de la Ley 797 de 2003 que, a su vez, fue reglamentado por el artículo 3º del Decreto

510 de 2003, se obtiene que el tope de 25 SMLMV es con relación al ingreso base de cotización y al monto de la mesada pensional.

En la sentencia C-1054 de 2004²², MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional dejó muy en claro que el aludido tope es al ingreso base de cotización y al *quantum* de la mesada pensional. Situación que, igualmente, se entiende en las consideraciones de la sentencia C-173 de 2004, que declaró inexecutable el aparte del párrafo primero del artículo 7º de la Ley 797 de 2003, que decía “para los cargos equivalentes de la planta interna”.

Así pues, se reitera, debe entenderse que la mesada pensional mensual que arroje la reliquidación de la pensión del actor, no puede superar el monto de los 25 SMLMV, pero, no debe conjeturarse que ese límite es con respecto al monto de lo que devengó en dólares el demandante, convertidos a pesos colombianos.

4. Precisado el anterior aspecto, debe decirse que acierta el Tribunal, cuando estimó que no hay lugar a declarar la prescripción de mesadas causadas, ya que entre la fecha del primer acto administrativo cuestionado (14 de noviembre de 2008), y la fecha de presentación de la demanda (14 de julio de 2011), no habían transcurrido tres (3) años.

Igualmente, se comparte lo resuelto por el *a quo*, con relación a que la entidad accionada debe descontar -de las sumas que arroje la reliquidación- los aportes por factores sobre los cuales no se hubiera efectuado deducción legal, en la proporción que atañe al empleado, y cobrarle al Ministerio de Relaciones Exteriores, como empleador, por el mismo concepto, el porcentaje que legalmente le correspondía asumir, y que dichos montos sean actualizados conforme la fórmula dispuesta por el Tribunal.

Resultado de lo dicho, y sin lugar a adicionales consideraciones, se impone la confirmación de la sentencia cuestionada, pero atendiendo las precisiones y

²² En esta sentencia la Corte declaró **executable** el inciso 5º del artículo 5º de la Ley 797 de 2003, pero únicamente por los cargos analizados en ella. Dijo la Corte:

“El primero de estos ingredientes tiene que ver con la existencia de topes a los montos de pensión, correlativos a los topes salariales de cotización. Si bien es cierto que el legislador introduce estos últimos afectando el alcance de los principios de solidaridad y de igualdad, también lo es que de otro lado establece que no habrá pensiones que sobrepasen ciertos límites. Como se vio, actualmente existe un tope de veinticinco (25) SLMM fijado a la base sobre la cual se calcula la cotización; pero, correlativamente, el tope máximo del monto de la mesada pensional está fijado en los mismos veinticinco (25) SLMM. Así, en principio la cotización es directamente proporcional al monto de la pensión, dato que obra a favor de la proporcionalidad de la restricción que introduce la disposición acusada.

Para la Corte este dato es importante, pues el tope impuesto a las pensiones introduce un factor de equidad de cara al tope fijado al salario base de cotización...”

aclaraciones hechas en el presente fallo.

Decisión

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- CONFIRMAR la sentencia del 27 de septiembre de 2012, proferida por la Sección Segunda -Subsección "D"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de la referencia, pero atendiendo las precisiones y aclaraciones hechas en el presente fallo.

Segundo.- El cumplimiento de la presente decisión corresponde a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, como sucesora procesal de CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, tal como quedó aceptado en proveído del 11 de diciembre de 2013, visible a fols.405-406.

Tercero.- Reasume la representación judicial de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social -UGPP- el apoderado principal, Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA, conforme memorial visible a fol.426.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

SANDRALISSET IBARRA VÉLEZ(E)

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO