

**PENSION DE JUBILACION DE LOS EMPLEADOS DEL SERVICIO EXTERIOR DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES – Aplicación del tope de 20 salarios mínimos. Principio de irretroactividad**

No le es aplicable el tope establecido en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, pues su situación pensional fue consolidada previo a la expedición de la Ley 4ª de 1992. En efecto, de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente se encuentra que el reconocimiento pensional se produjo el 20 de mayo de 1991, cuando se encontraba vigente la ley 71 de 1988. Es así como se evidencia que lo que pretende el demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; no obstante, el derecho pensional se consolidó en la fecha en que cumplió el status de pensionado, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley derivado de la Ley 153 de 1887.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2016 DE 1968 – ARTICULO 76 / DECRETO 1253 DE 1975 / LEY 41 DE 1975 / DECRETO 1181 DE 1999 / DECRETO 274 DE 2000 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 35

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN “A”**

**Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

Bogotá D. C., dos (2) de julio de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 13001-23-31-000-2011-00756-01(0300-14)**

**Actor: VICENTE MARTÍNEZ EMILIANI**

**Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL**

**APELACIÓN SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 16 de mayo de 2013, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se denegó las súplicas de la demanda instaurada contra la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

## ANTECEDENTES

VICENTE MARTÍNEZ EMILIANI, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de la Resolución PAB 041580 de 28 de febrero de 2011, expedida por el Gerente General de la Caja Nacional de Previsión Social, por la cual negó la reliquidación de su pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a Cajanal reliquidar su mesada pensional, en cuantía de 20 salarios mínimos y según el tope máximo legal vigente establecido en la Ley 100 de 1993 a partir del 1 de junio de 1990, y que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Para sustentar sus pretensiones expuso que la Caja Nacional de Previsión Social mediante la Resolución 32208 de 15 de julio de 2009 reconoció y reliquidó su pensión de jubilación, luego de un largo peregrinaje de acciones de tutela e incidentes de desacato.

Afirmó que en la citada resolución, la entidad demandada de manera errada fijó como tope para reliquidar su mesada pensional 15 salarios mínimos legales mensuales, con fundamento en la Ley 71 de 1988, razón por la cual presentó un derecho de petición solicitando la aplicación de la Ley 100 de 1993 para efectos de que se tomara en cuenta el tope de los 20 salarios mínimos.

Señaló que ante la falta de respuesta, el 13 de febrero de 2009 presentó una acción de tutela ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, Corporación que mediante fallo de 2 de marzo de 2009 ordenó al representante legal de Cajanal, resolver la solicitud de reliquidación pensional.

Narró que dos años después de la expedición de la acción de tutela, la entidad demandada expidió la Resolución PAP 041580 de 28 de febrero de 2011 por la cual denegó la reliquidación pensional.

Como normas vulneradas citó los artículos 13, 46, 48, 83 y 209 de la Constitución Política y 35 de la Ley 100 de 1993. En el concepto de violación señaló que la entidad acusada aplicó de forma indebida la normatividad en la cual se debió

fundamentar el acto administrativo que le negó el derecho a la reliquidación pensional, en consideración a que para la fecha en que adquirió su status pensional se encontraba vigente el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 que fijó como tope de liquidación pensional 20 salarios mínimos.

### **LA SENTENCIA**

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar mediante sentencia del 16 de mayo de 2013 denegó las pretensiones de la demanda, al señalar que la normatividad aplicable en el sub lite era la Ley 71 de 1988 que dispuso un límite de 15 salarios mínimos mensuales para reconocer derechos pensionales, en consideración a que la pensión de jubilación del actor fue reconocida con anterioridad a la Ley 4ª de 1992.

Precisó que la jurisprudencia del Consejo de Estado es clara en señalar que la aplicación del tope de 20 salarios mínimos se presenta para aquellas pensiones que fueron reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992, esto es, al 18 de mayo de aquella anualidad, resultando inadecuada su aplicación para aquellas situaciones que fueron consolidadas con anterioridad a su vigencia.

### **LA APELACIÓN**

Inconforme con la sentencia del Tribunal, la parte demandante sostuvo que se desconoció el principio de favorabilidad que opera en materia laboral y pensional, al dar aplicación a una disposición legal que es menos beneficiosa para sus intereses, pues dispone un tope que le disminuye en 5 salarios mínimos mensuales el valor de su prestación pensional.

Alegó que de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-089 de 26 de febrero de 1997, el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 debe aplicarse a todas las solicitudes pensionales realizadas en su vigencia, como es su caso particular, pues solicitó la reliquidación de esa prestación en el año 2008.

## CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a determinar si procede la aplicación del artículo 35 de la ley 100 de 1993 para efectos de ajustar el tope de la pensión del señor Vicente Martínez Emiliani a 20 salarios mínimos.

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- Mediante la Resolución No. 001897 de 20 de mayo de 1991 el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social reconoció al señor Vicente Martínez Emiliani la pensión de jubilación, por haber laborado como embajador en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores entre el 20/05/1996 y 30/12/1969 y del 01/04/1971 y el 30/05/1990. El retiro definitivo se presentó el 30 de mayo de 1990.
- Por medio de la Resolución 32208 de 15 de julio de 2009, Cajanal reliquidó la pensión de jubilación de acuerdo a la línea jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional, según la cual la liquidación de aportes para pensión de quienes hacen parte del cuerpo diplomático en el exterior, debe efectuarse tomando como base el salario realmente devengado y no el equivalente al del planta interna.
- A folios 9-11 obra copia de la Resolución PAP 041580 de 28 de febrero de 2011 por la cual Cajanal denegó la reliquidación de la pensión, al precisar que el demandante no era beneficiario del artículo 35 de la ley 100 de 1993, pues para la fecha en que acreditó el status pensional se encontraba vigente la ley 71 de 1988 que establecía como tope pensional 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

### **Cuestión de Fondo**

El Decreto 2016 de 1968 "Por medio del cual se organiza el Servicio Diplomático y Consultar" consagró en su artículo 76, la forma como 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 artículos 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.”

La legislación involucionó nuevamente 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 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.”

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:

“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.”

No obstante su derogatoria, sobre la constitucionalidad del artículo 57 del Decreto 10 de 1992 se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia C-536 de 2005, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, fundada en que podía encontrarse produciendo efectos jurídicos. Razonó entonces la Corporación:

“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<sup>[1]</sup>. 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 inexecutableidad 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. ...”

Debe precisarse igualmente que la disposición declarada inexecutable fue reproducida en la Ley 797 de 2003, artículo 7° - párrafo, al prever que para los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cálculo

del ingreso base de cotización será con base en la asignación básica mensual y los factores salariales establecidos en las normas vigentes para los cargos equivalentes de la planta interna, norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 173 de 2004, por considerarla violatoria del derecho a la igualdad.

Así mismo, resulta pertinente aclarar que el régimen pensional de los diplomáticos no está excluido del ordenamiento general de la Ley 100 de 1993, que en su artículo 279 exceptuó de su aplicación a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a los Servidores Públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos y sus pensionados.

A los funcionarios de la planta interna y externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, se les aplica entonces el régimen de la Ley 100 de 1993, a no ser que el servidor se halle en el régimen de transición por encontrarse dentro de uno de los supuestos consagrados en el artículo 36 de esa norma, lo que no significa en modo alguno, la aplicación de la norma de equiparación referida con anterioridad, que como quedó establecido, es inconstitucional.

La Ley 100 de 1993, cuya vigencia en materia pensional tuvo comienzo el 1º de abril de 1994, por haberlo establecido así el mismo ordenamiento en su artículo 151, consignó en el artículo 36 el régimen de transición, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación

del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (inexequible el aparte destacado)

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

Este precepto consagra para quienes satisfacen las exigencias allí enunciadas, las condiciones del régimen anterior en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión. La Sala, ha sostenido que el régimen anterior relativo a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, que es aplicable en virtud de la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de quienes se hallaban subsumidos dentro del tránsito normativo, regula la materia relacionada con el ingreso, pues sin duda la transitoriedad subsume a la persona implicada dentro de una prerrogativa, cual es la de respetarle las condiciones que el ordenamiento consagró para sí, en su integridad. Su aplicación fraccionada, implica eliminar en últimas, la especialidad que le es propia por virtud del mismo ordenamiento jurídico y el elemento finalista con que fue concebido.

Fuerza concluir, que en aplicación del régimen de transición, la preceptiva que se debe tener en cuenta para la fijación de la cuantía de la pensión es la señalada en la Ley 33 de 1985, esto es, el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

**Sin embargo, la Ley 71 de 1988 en su artículo 2 se refirió al tope de las pensiones de la siguiente manera:**

“Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder de quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales.  
Parágrafo.- El límite máximo de las pensiones, sólo será aplicable a las que se causen a partir de la vigencia de la presente ley.”.

La Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad No. 155 de 19 de marzo de 1997, actor Gabriel Valbuena Hernández, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, se pronunció sobre el tope de las pensiones de la siguiente manera:

“Nada se opone entonces, dentro del marco constitucional, a que el Congreso de la República regule o modifique hacia el futuro los requisitos que deben tener en cuenta los operadores jurídicos para reconocer el monto pensional de la mesada de vejez o jubilación, lo cual hace en ejercicio de las atribuciones que la Carta le ha señalado y que comportan un cierto margen de discrecionalidad que le permite introducir las reformas que, de acuerdo a las necesidades económicas y conveniencias sociales, así como la evolución de los tiempos, juzgue indispensables para la efectividad y garantía del derecho. Por ello, la revisión de la normativa acusada permite a la Corte sostener que los límites establecidos en los artículos 2 de la ley 71 de 1988 y 2 de la ley 4 de 1976, según el caso, no se revela caprichosa o irrazonable, ni contraría el derecho a la igualdad, como lo pretende entender el demandante, toda vez que encuentra fundamento en las circunstancias económicas y sociales que el legislador de su tiempo tuvo en cuenta para nivelar y establecer igualdad de circunstancias y de tratamientos jurídicos entre los trabajadores del sector público y privado del país; en consecuencia de lo anterior, estima la Corte conveniente, precisar que la cuestión debatida no involucra un desconocimiento de los derechos adquiridos, ya que las situaciones que se consolidaron bajo el amparo de la legislación preexistente no tienen por qué ser alteradas en el futuro por el parágrafo del artículo 35 de la ley 100; es claro entonces que la ley 71 de 1988 y la ley 4 de 1976, no introducen discriminación alguna ya que una es la posición de quienes han adquiridos el derecho en vigencia de cada una de estas leyes y otra distinta la de quienes bajo los efectos de la Ley 100 de 1993 en el futuro puedan consolidarla.

Ahora bien, advierte la Corte que los topes máximos establecidos en virtud de las normas cuestionadas en este proceso, eran exequibles

desde la fecha de su expedición, esto es, en vigencia de la Carta de 1886 y como tal produjeron sus efectos jurídicos en casos concretos; empero hacia el futuro, estima la Corporación, hay que examinar, por parte de los operadores jurídicos, las situaciones de hecho y de derecho de cada caso concreto, puesto que en virtud del fenómeno económico de los reajustes periódicos del valor de las pensiones legales, previsto en el artículo 53 de la Carta, así como la existencia del principio de favorabilidad laboral, ante la modificación que produjo la puesta en vigencia de los artículos 18 y 35 parágrafo único de la ley 100 de 1993; el tope máximo pensional de 15 salarios mínimos fijado por el legislador, puede sufrir aumento hasta el tope máximo de 20 salarios mínimos, desde la entrada en vigencia del estatuto de la seguridad social, cuando el reajuste automático de las mesadas pensionales excedan o sobrepasen el tope máximo fijado por el artículo 2 de la ley 71 de 1988 cuestionado.”.

Los artículos 18 y 35 de la Ley 100 de 1993, por su parte preceptúan lo siguiente:

"ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES DE LOS SECTORES PRIVADO Y PÚBLICO. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la ley 4a. de 1992.

En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al monto del salario mínimo legal mensual vigente, salvo lo dispuesto para los trabajadores del servicio doméstico conforme a la ley 11 de 1988.

Cuando se devengue mensualmente más de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la base de cotización podrá ser limitada a dicho monto por el Gobierno Nacional.

Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.

...”.

ARTÍCULO 35. PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ O JUBILACIÓN. El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente.

PARÁGRAFO. Las pensiones de jubilación reconocidas **con posterioridad a la vigencia de la Ley 4a. de 1.992** no estarán sujetas al límite establecido por el artículo 2o. de la Ley 71 de 1.988, que por esta Ley se modifica.”

De lo anterior se puede inferir que al demandante no le es aplicable el tope establecido en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, pues su situación pensional fue consolidada previo a la expedición de la Ley 4ª de 1992. En efecto, de

conformidad con el material probatorio obrante en el expediente se encuentra que el reconocimiento pensional se produjo el 20 de mayo de 1991, cuando se encontraba vigente la ley 71 de 1988.

Es así como se evidencia que lo que pretende el demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; no obstante, el derecho pensional se consolidó en la fecha en que cumplió el status de pensionado, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley derivado de la Ley 153 de 1887.

Resta agregar que, como bien lo expuso la Corte Constitucional, los límites establecidos en los artículos 2 de la ley 71 de 1988 y 2 de la ley 4 de 1976, según el caso, no se revelan caprichosos o irrazonables, ni contrarían el derecho a la igualdad, como lo pretende creer el demandante, toda vez que encuentran fundamento en las circunstancias económicas y sociales que el legislador de su tiempo tuvo en cuenta para establecer igualdad de circunstancias y de tratamientos jurídicos entre los trabajadores del sector público y privado del país; en consecuencia de lo anterior, estimó conveniente precisar que la cuestión debatida no involucra un desconocimiento de los derechos adquiridos, ya que las situaciones que se consolidaron bajo el amparo de la legislación preexistente no tienen porqué ser alteradas en el futuro por el parágrafo del artículo 35 de la ley 100; es claro entonces que la ley 71 de 1988 y la ley 4 de 1976, no introducen discriminación alguna ya que una es la posición de quienes han adquirido el derecho en vigencia de cada una de estas leyes y otra distinta la de quienes bajo los efectos de la Ley 100 de 1993 en el futuro puedan consolidarla.

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

#### **F A L L A**

**CONFÍRMASE** la sentencia del dieciséis (16) de mayo de dos mil trece (2013), proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar,

dentro del proceso promovido por el señor Vicente Martínez Emiliani contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL.

Se acepta la renuncia de la abogada Alix Dayana Vesga Daza, de conformidad con el memorial que antecede.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

**COPIESE NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN    SANDRA LISSET IBARRA VELEZ (E)**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

**Rad. 13001233100020110075601(No. Interno: 0300-14) ACTOR: VICENTE  
MARTÍNEZ EMILIANI**