

EMPLEADOS DEL SERVICIOS EXTERIOR – forma de liquidación de las prestaciones sociales. Regulación legal / PENSION DE JUBILACION DE LOS EMPLEADOS DEL SERVICIO EXTERIOR – El ingreso base de liquidación de cotización no debe fijarse sobre cargos equivalentes en la planta interna / REGIMEN PENSIONAL DE LOS EMPLEADOS DEL SERVICIO EXTERIOR – Se les aplica ley 100 de 1993 / REGIMEN PENSIONAL DE LOS EMPLEADOS DEL SERVICIO EXTERIOR – Beneficiarios del régimen de transición. Cuantía. Determinación / PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADOS DEL SERVICIO EXTERIOR – Tope máximo

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. 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 1° de abril de 1994, por haberlo establecido así el mismo ordenamiento en su artículo 151, consignó en el artículo 36 el régimen de transición. 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. Como el demandante consolidó el derecho pensional con posterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992 y con anterioridad a la Ley 797 de 2003, por mandato del párrafo del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, no está sujeto al límite máximo establecido por el artículo 2 de la ley 71 de 1988, de 15 salarios mínimos, ni a los 25 de la Ley 797, sino que el tope

máximo de su pensión es de 20 salarios mínimos conforme inicialmente lo consagró el inciso 4 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1181 DE 1999 – ARTICULO 45 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 151 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 36 / DECRETO 274 DE 2000 ARTICULO 96 / DECRETI 2016 DE 1968 – ARTICULO 76 / DECRETO 1253 DE 1975 – ARTICULO 1 / LEY 41 DE 1972 – ARTICULO 2 / DECRETO 10 DE 1992 – ARTICULO 57

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-02468-01(0539-09)

Actor: JOSE ENRIQUE GAVIRIA LIEVANO

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES I.S.S.

AUTORIDADES NACIONALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la nulidad del Acto Administrativo No. 8287 de 14 de octubre de 2005 y ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el señor JOSÉ ENRIQUE GAVIRIA LIEVANO solicitó al Tribunal declarar la nulidad parcial de los siguientes actos: 1) Comunicación No. 8287 de 14 de octubre de 2005, por medio de la cual el Gerente II Centro de Atención Pensiones, ISS-SC-DC negó la reliquidación de la mesada pensional del demandante; 2) Resolución No. 011039 de 21 de abril de 2005, por medio de la cual el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Seguro Social Pensiones SC y DC, rechazó los recursos interpuestos contra la Resolución No. 18315 de 13 de agosto de 2001; 3) Resolución No. 1022 de 6 de octubre de 2005, que aclaró el acto anterior en el sentido de rechazar por improcedentes los recursos de reposición y apelación interpuestos; y 4) Resolución No. 18315 de 13 de agosto de 2001, proferida por el Jefe de Atención al Pensionado del Seguro Social Pensiones SC y DC, a través de la cual se le dio cumplimiento a la sentencia T-543 de 2001, que tuteló los derechos del actor.

Por auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 12 de julio de 2007, admitió la demanda únicamente respecto al acto administrativo No. 8287 de 14 de octubre de 2005 y rechazó la demanda en relación con las Resoluciones No. 18315 de 13 de agosto de 2001, 11039 de 21 de abril de 2005 y 1022 de 6 de octubre del mismo año, por no ser actos enjuiciables.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se le reliquidara la pensión a partir del 1º de octubre de 1999, correspondiente al 75% del promedio del sueldo del último año devengado como Embajador, sin ningún tope (\$8.758.455); y que de ahí en adelante se efectúen anualmente los reajustes de ley y se descuenten las sumas ya canceladas como mesadas pensionales.

Como petición subsidiaria, solicitó que en caso de que se considere que debe aplicarse el tope máximo legal para el reconocimiento de su pensión, se ordene al ente demandado efectuar las correctas operaciones aritméticas, teniendo como tope para los años de 1999 a 2002, 20 salarios mínimos, y para los años 2003 a 2005, 25 salarios mínimos.

Por último, pidió el pago de las diferencias que resultaran desde el momento en que se presentó la demanda hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia; que las sumas correspondientes a las mesadas sean actualizadas; el pago de los intereses moratorios; y que se de cumplimiento a la sentencia, de acuerdo a lo establecido en los artículos 177 a 178 del C.C.A.

Como **hechos** se sintetizan los siguientes:

Expresó, que la pensión de jubilación le fue reconocida mediante la Resolución No. 023836 de 17 de noviembre de 1999, en cuantía de \$1.998.640, acto que fue objeto de reclamación por parte del actor, porque no se le tuvo en cuenta lo realmente devengado en su condición de Embajador de la República Checa. Petición que fue contestada negativamente por medio de la Resolución No. 25749 de 29 de diciembre de 2000.

El demandante consideró que su pensión debía corresponder al 75% del promedio de lo devengado en el último año como Embajador, es decir, sobre el valor de \$11.677.940, lo que generaría como mesada pensional inicial la suma de \$8.758.455, suma que no fue reconocida por el I.S.S.

El 7 de diciembre de 2000, el actor instauró acción de tutela con el fin de que se le protegieran sus derechos fundamentales, la cual fue decidida mediante sentencia T-534 de 2001, en la que se ordenó que se tuviera en cuenta la valoración de la información suministrada por el Ministerio de Relaciones

Exteriores para efectuar la correspondiente liquidación de la pensión y que se determinará si el actor se encontraba amparado por el régimen de transición.

Con el fin de dar cumplimiento a las anteriores órdenes, la entidad demandada profirió la Resolución No 18315 de 13 de agosto de 2001, en la cual se realizó la liquidación de la pensión de jubilación, con sumas que no correspondían a lo solicitado. Contra dicho acto se interpusieron los recursos pertinentes, los cuales fueron rechazados por Resolución No. 1022 de 6 de octubre de 2005.

Agregó, que en cuanto a la negativa del I.S.S. de liquidar correctamente su mesada pensional, interpuso un incidente de desacato, el cual fue rechazado, informándole que su inconformidad debía ser planteada ante la Administración o ante la Jurisdicción Contenciosa.

Sostuvo, que al hacer las respectivas reclamaciones, el Instituto de Seguros Sociales mediante Comunicación No. 08287 de 14 de octubre de 2005, negó la reliquidación de la pensión de jubilación.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Consideró transgredidas las siguientes normas: artículos 13, 29, 48, 53, 58, 83, 113 y 209 de la Constitución Política; 10 de la Ley 4 de 1966, reglamentado por el Decreto 1746 de 1966; 2, 3, 10, 11, 18, 31 y 36 de la Ley 100 de 1993; 5 de la Ley 797 de 2003; 4 del Decreto 691 de 1994; 2 y 4 de la Ley 4ª de 1992; 2 y 3 del Decreto 314 de 1994; 1º de la Ley 33 de 1985; 73 del Decreto 1848 de 1969; y 310 del Código de Procedimiento Civil.

Expresó, que el ente demandado confunde cotización con liquidación de la mesada y parte de la base equivocada de que existe un tope máximo para

las mesadas pensionales, teniendo como punto de partida las normas que hablan de un tope máximo para la cotización, siendo dos cosas totalmente diferentes, las normas sobre cotizaciones no pueden ser extendidas al ingreso base de liquidación.

Afirmó, que la liquidación de la pensión se hizo con base en el Decreto 314 de 1994, en lugar de aplicarle la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, por encontrarse amparado bajo el régimen de transición y un régimen especial.

Señaló, que la norma aplicable para el caso concreto es el artículo 10 de la Ley 4ª de 1966, liquidando la mesada pensional con base en el 75% sobre el promedio del último salario devengado. Adujo que la entidad demandada al efectuar la liquidación de su pensión invocó esta norma, pero solamente la aplicó en relación con el 75% y no con el ingreso base de liquidación. Agregó que con ello se afectaron los principios de legalidad, igualdad, imparcialidad, eficacia y contradicción.

Dijo que sí se le reconoce el régimen de transición, Ley 33 de 1985, esta no señala ningún tope máximo para la mesada pensional¹. Afirmó que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, fijó el tope de los 25 salarios mínimos para las pensiones, pero la misma reforma constitucional postergó su aplicación al año 2010.

Alegó, que se le vulneró el derecho adquirido a que la base de liquidación se hiciera con el régimen especial.

¹ “...la que hablo de topes fue la Ley 71 de 1988 pero la Corte Constitucional en sentencia C-155 de 1997 consideró que la norma no está vigente y el Consejo de Estado en sentencia de 14 de agosto de 1997 declaró nulo el decreto 813 en cuanto revivió el tope señalado en la mencionada ley 71”

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada del ente demandado, contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a todas sus pretensiones.

Mencionó que la liquidación de la pensión se realizó aplicando el artículo 10 de la Ley 4^a de 1966 y en cuanto al tope máximo de la mesada pensional conforme a lo previsto por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993². Que esta norma no sólo hace referencia a la aplicación de topes en el monto de la prestación sino en el Ingreso Base de Cotización, por lo cual, es en el cálculo que se realiza para calcular el IBL en donde se ajustan los salarios para que no sobrepasen los límites legales.

Propuso como excepciones: 1) incompetencia, por cuanto la Jurisdicción Ordinaria Laboral es la competente para conocer de las controversias referidas al sistema de seguridad social que se presenten entre los afiliados o usuarios y las entidades administradoras o empleadoras. El objeto de debate en el presente caso, es el reajuste a la pensión que hace parte del sistema de seguridad social integral, por lo que no sería competente la Jurisdicción Contenciosa; 2) prescripción del reajuste de las mesadas pensionales reclamadas; 3) indebida acumulación de pretensiones, porque en la demanda en dos numerales distintos se pide la indexación y la cancelación de los intereses moratorios a la tasa máxima vigente, pretendiendo que la entidad demandada le cancele una sanción doble vez por una posible condena. Al no estar propuestas estas pretensiones como subsidiarias o principales, se excluyen entre sí al intentar cobrar lo mismo; y 4) inexistencia del acto administrativo demandado, ya que la comunicación No. 8287 que se demanda, no esta firmada por el respectivo funcionario.

² "...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"

LA SENTENCIA

Por medio de sentencia de 30 de octubre de 2008, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló el acto administrativo No. 8287 de 14 de octubre de 2005, proferido por el Instituto de Seguros Sociales; ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación, de acuerdo al cargo que desempeñó en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, aplicándole el 75% de la asignación mensual devengada en el último año de servicios, con el tope máximo de 25 salarios mínimos, a partir del 1º de octubre de 1999.

El Tribunal, no encontró probada la falta de competencia alegada por la demandada, porque de conformidad con el numeral 2º del artículo 132 del C.A.A., corresponde a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa conocer de las controversias sobre asuntos laborales de las relaciones legales y reglamentarias. Respecto de las demás excepciones, dijo que eran argumentos de defensa a tener en cuenta al momento de proferir decisión de fondo.

Realizó un recuento normativo y jurisprudencial³ acerca de las pensiones de los empelados pertenecientes a la carrera Diplomática y Consular. Si embrago, aclaró que el objeto de la demanda no recae propiamente sobre el reconocimiento pensional, sino por el tope máximo de la misma, y procedió a examinar otra normatividad⁴ sobre este asunto, aplicable a los funcionarios de todo orden.

Concluyó que la Ley 4ª de 1992, subrogó el artículo 2º de la Ley 71 de 1988, que limitaba la pensión a 15 salarios mínimos, hasta que la Ley 100

³ Decreto 2016 de 1968, artículo 76, posteriormente modificado por el Decreto 1253 de 1975, artículo 1º, derogado por la Ley 41 de 1975, artículos 1 y 2; Decreto 10 de 1992, artículo 57, derogado por el Decreto 274 de 2000, artículo 66, posteriormente declarado inconstitucional; Ley 797 de 2003, parágrafo 1º del artículo 7, que mediante sentencia C-173 de 2004 declaró inexecutable los apartes demandados del artículo 7 de la Ley 797, que expresamente dicen: "para los cargos equivalentes de la planta interna."

⁴ Ley 4 de 1976, artículo 2; Ley 71 de 1988, artículo 2; el Decreto reglamentario de esta Ley, el 1160 de 1989; Ley 4ª de 1992 que subrogó el artículo 2 de la Ley 71 de 1988; Ley 100 de 1993, artículos 34, 35 y 36; y el Decreto 314 de 1994.

prescribió para el régimen de prima media con prestación definida, contenido en esa ley un tope de 20 salarios mínimos. En todo caso cuando empezó a regir la Ley 4ª de 1992, la pensiones no se sujetaban a ningún tope, es decir sin limitación alguna.

Aseguró, que el actor cumplía con cualquiera de los requisitos de edad o tiempo de servicios señalados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para acceder al denominado régimen de transición y liquidarle la pensión conforme a la Ley 33 de 1985, a pesar de que no contaba con un régimen especial.

Conforme a lo anterior, sostuvo que la liquidación de la mesada pensional del demandante debía hacerse con base en el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, y no como se realizó en el acto demandado, que no se le aplicó en debida forma el régimen de transición. Concluyó, que el monto de la cotización y el de liquidación de la pensión deben calcularse con fundamento en lo realmente devengado por el servidor y no sobre ingresos inferiores a los percibidos.

Determinó, que según jurisprudencia, la transición debe cumplirse con la aplicación integral de las normas anteriores sobre la edad, cotizaciones, tiempo de servicio y monto de las mesadas, por lo que sí esos regímenes no previeron una limitación a la cuantía de la pensión, no es dable disponer esa medida con fundamento en disposiciones posteriores.

Si bien en principio estimó que el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, que limita la cuantía de la mesada pensional a 20 salarios mínimos, se aplica para los afiliados que no se encuentren protegidos por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley mencionada, después sostuvo que por haberse reconocido la pensión del actor con posterioridad a la entrada en vigencia de la

Ley 100 de 1993, en todo caso le sería aplicable el tope de los 20 salarios mínimos.

No obstante, por el cambio de normatividad del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, que reglamenta el tope máximo de las mesadas pensionales, la pensión del actor se debía limitar a un tope máximo de 25 salarios mínimos, que establece el Decreto 510 de 2003, artículo 3 y la Ley 797 de 2003, artículo 5, aplicables en su totalidad y las vigentes al momento de la reliquidación efectuada.

Por último, no declaró la prescripción de las mesadas pensionales, por cuanto el fenómeno no se configuraba en el caso concreto, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1848 de 1969.

EL RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandada formuló recurso de apelación fundamentándolo en los siguientes términos:

Aduce, que el Tribunal debió inhibirse para conocer el fondo del asunto porque la parte actora al momento de formular las pretensiones en la demanda no individualizó los actos demandados y omitió demandar la comunicación No. VP 6007 de 19 de septiembre de 2003, la cual negó la solicitud de reliquidación de la pensión, con argumentos similares a los expuestos en la comunicación No. 8287 de 14 de octubre de 2005, vulnerando así lo establecido en el artículo 138 del C.C.A. Agrega que el a quo al declarar la nulidad el acto demandado, no podía ordenar el restablecimiento porque quedaría sin anular la comunicación antes mencionada, que no fue impugnada.

Sostiene que al momento de la causación del derecho por parte del demandante, la norma vigente era la Ley 100 de 1993, específicamente el artículo 18 que fue reglamentado por el Decreto 314 de 1994, que disponía como tope máximo 20 salarios mínimos.

Manifiesta que para la liquidación de la pensión era aplicable la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto del 75%, más no lo referente a la base salarial, porque el derecho se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De la parte demandante:

Se ratifica en los argumentos expuestos en la demanda.

Asegura, que no es posible tasar la mesada pensional de acuerdo a un régimen especial y la base reguladora conforme a lo señalado en la Ley 100 de 1993. Que el régimen anterior relativo a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, se aplica por la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de las personas que se encontraban dentro del tránsito normativo. El régimen de transición tiene como fundamento el principio de favorabilidad y confianza legítima.

Resalta, que el actor se encontraba bajo el régimen de transición, por lo que no podía aplicársele el Decreto 314 de 1994, debiéndose tener en cuenta las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 o las posteriores que le sean favorables.

En cuanto a la argumentación expuesta en el recurso de apelación de que no se cumplió lo establecido en el artículo 138 del C.C.A., sostiene, en síntesis, que no está claro el cargo y es difícil adivinar a que se refiere.

De la parte demandada:

Insiste en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso.

Se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se trata el presente asunto de establecer, si el demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión con el 75% del último salario devengado como Embajador de Colombia ante la República Checa; y de acuerdo a ello, definir si el monto de la pensión debe estar ajustado a un tope máximo.

Cuestión preliminar.

En el escrito de apelación se solicita, como cuestión previa, revisar si se impone una decisión inhibitoria, por no haberse demandado la *“Comunicación VP 6007 del 19 de septiembre de 2003”*, la cual, según la demandada, había negado la solicitud de reliquidación con argumentos similares a los expuestos en la Comunicación No. 8287 del 14 de octubre de 2005, anulada por el Juez de instancia.

Encuentra la Sala que el Acto administrativo No. 8287 de 14 de octubre de 2005, acusado, en sus antecedentes, cita la comunicación aludida de 2003, donde la demandada se había negado a reliquidar la misma pensión.

A ese respecto, debe precisarse que, como se trata de la solicitud de reliquidación de una pensión que ya había sido reconocida, cuyo derecho es imprescriptible, el beneficiario de la pensión de jubilación puede formular a la administración las solicitudes que crea conveniente a efecto de que la misma sea reliquidada, y agotada la vía gubernativa puede impugnar los actos que de tales peticiones se deriven⁵, en cualquier tiempo⁶, como en efecto lo hizo.

De la Comunicación 8287, demandada, se puede entender que sí existió una negativa, pues la Administración no solamente informó que mediante una Comunicación anterior ya se había resuelto la petición relacionada con la reliquidación pensional, sino que además, explicó las razones por las cuales decidió negar nuevamente el derecho reclamado, y en esa medida no era necesario demandar la primera decisión para reclamar el derecho en vía judicial, pues la segunda cumple con todos los presupuestos procesales exigidos en la ley procesal.

Sobre el fondo del asunto.

Como ya se anunció, dos son los asuntos a definir, el primero es establecer el régimen aplicable para definir el ingreso base de liquidación de la pensión del actor, y segundo, cuál es el tope que debe aplicarse. Para resolver los dos asuntos, la Sala estima importante hacer el siguiente recuento normativo:

El Decreto 2016 de 1968 “Por medio del cual se organiza el Servicio Diplomático y Consultar” 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:

⁵ Sentencia de 19 de septiembre de 2002, Rad. (3943-00) M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁶ Sentencia de 2 de octubre de dos 2008, Rad. (0363-08) M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

“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 involucronó 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^[1]. 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. ...”

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 hiciere 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 esta 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.**

Después, la Ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales, en su artículo 5 modificó el inciso 4 y parágrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente sentido:

“Base de Cotización. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario 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 señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992.

El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.

...”

El tope de los 25 salarios mínimos que estableció la Ley 797 de 2003, debe entenderse obligatoria para pensiones futuras, cuyo reconocimiento se haga a partir del 29 de enero de 2003, cuando entró en vigencia dicha norma.

La situación del demandante.

El reconocimiento de la pensión que le fue hecho al demandante, sin duda debía estar bajo el amparo de la Ley 33 de 1985, cuya aplicación procede en forma integral porque el actor al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad, ya que nació en 1939 (f. 438 cdn No. 2). En consecuencia, tiene derecho a que su pensión sea equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Como el demandante consolidó el derecho pensional con posterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992 y con anterioridad a la Ley 797 de 2003, por mandato del párrafo del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, no está sujeto al límite máximo establecido por el artículo 2 de la ley 71 de 1988, de 15 salarios mínimos, ni a los 25 de la Ley 797, sino que el tope máximo de su pensión es de 20 salarios mínimos conforme inicialmente lo consagró el inciso 4 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

La liquidación contenida en el acto acusado.

Del contenido del acto acusado, encuentra la Sala que para determinar la pensión del actor la entidad primero calculó el tope de los veinte salarios mínimos para el año de 1999, y a ese valor le restó el 25%, para deducir el 75%, que trata la Ley 33 de 1985, como quantum pensional. Este cómputo arrojó un valor de \$3.424.523.

La anterior liquidación, resulta contraria al ordenamiento jurídico atrás analizado.

La nueva liquidación pensional

De acuerdo con la certificación que obra a folio 17 del expediente, el ingreso base de cotización del actor durante el último año de servicios, fue de \$10.380.039, en los primeros meses, y en los restantes de \$12.110.575, cuyo promedio arrojaría un valor por encima de los \$11.000.000, luego el 75% de este valor estaría alrededor de los \$8.000.000; sin embargo, como el salario mínimo para el año 1999, era de \$236.438, el total de la pensión **no podía exceder de \$4.728.760, equivalentes al tope de los 20 salarios mínimos, pero tampoco podía ser inferior a este mismo valor.**

En este orden de ideas, la sentencia apelada, que declaró no probadas las excepciones propuestas y decretó la nulidad del acto acusado se confirmará en lo que tiene que ver con la liquidación del 75% del último salario devengado, pero modificándola en el sentido de disponer que la entidad al momento de reliquidar la pensión de jubilación del demandante, José Enrique Gaviria Lievano, a partir del 1 de octubre de 1999, tenga en cuenta el tope de los 20 salarios mínimos establecidos en el inciso 4 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

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 y por autoridad de la ley,

F A L L A :

- 1) CONFIRMASE** la nulidad del Acto Administrativo No. 8287 de 14 de octubre de 2005, expedido por el Instituto de los Seguros Sociales, por medio del cual se negó la reliquidación de la pensión del señor José Enrique Gaviria Lievano.

2) MODIFÍQUESE el numeral tercero de la sentencia apelada, en el sentido de que la pensión quede reliquidada como lo ordenó el Tribunal, con el 75% del salario promedio realmente devengado durante el último año de servicios, **pero aplicando el tope de los 20 salarios mínimos**, de conformidad con la parte motiva.

3) CONFIRMASE en todo lo demás.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

El anterior proyecto fue leído y aprobado por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Expediente No. 0539-09. Actor: JOSÉ ENRIQUE GAVIRIA LIEVANO.