

EMPLEADOS DEL SERVICIO EXTERIOR – Forma de pago 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 el salario de cargos equivalentes en la planta interna sino al efectivamente devengado. Derecho a la igualdad. Derecho a la dignidad. Derecho al mínimo vital

El asunto se contrae a establecer si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, con base en el salario y factores devengados como Embajador Extraordinario Plenipotenciario (funcionario de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores) o si, por el contrario, debe tomarse el salario correspondiente a un cargo equivalente de la planta interna de ese Ministerio. Debe precisarse que el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 disposición declarada inexecutable fue reproducida en la Ley 797 de 2003 -artículo 7º- parágrafo, al prever que para los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores el cálculo del ingreso base de cotización se hará 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. 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. Es aplicable el régimen de la Ley 100 de 1993, cuando el servidor no se halla en el régimen de transición o el régimen que lo regía con anterioridad, si se hallaba dentro de los supuestos consagrados en su artículo 36 para ser beneficiario del régimen de transición, lo que no significa en modo alguno la aplicación de la norma de equiparación referida con anterioridad, que como quedó establecido, es inconstitucional. De acuerdo a lo consignado en párrafos antecedentes, que la liquidación efectuada por la entidad de previsión fue ilegal al dar aplicación a normas abiertamente violatorias del derecho a la igualdad, a la dignidad y al mínimo vital, que en modo alguno pueden ser supeditadas a factores como la sostenibilidad de las pensiones, pues este mismo encuentra su fundamento en las cotizaciones que son descontadas a cada servidor y que en el fallo que se revisa fueron ordenadas.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2016 DE 1968 – ARTICULO 76 / DECRETO 1253 DE 1975 – ARTICULO 1 / LEY 41 DE 1975 – ARTICULO 2 / DECRETO 10 DE 1992 – ARTICULO 57 / DECRETO 1181 DE 1999 / LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 120 NUMERAL 5 / DECRETO 274 DE 2000 – ARTICULO 90

NOTA DE RELATORIA: Sobre el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los empleados del servicio exterior, Corte Constitucional, sentencias C-536 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño y C-173 de 2004.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08332-01(1844-08)

Actor: ALFONSO ARAUJO COTES

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL

AUTORIDADES NACIONALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 14 de febrero de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 14002 de 2005 y 5969 del mismo año, y parcialmente de la Resolución No. 27139 de 2004 y ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el señor ALFONSO ARAUJO COTES instauró demanda contra la Caja Nacional de

Previsión Social – CAJANAL – para que se declare la nulidad de los siguientes actos: 1) en forma parcial de los artículos 1 y 4 de la Resolución No. 27139 de 1º de diciembre de 2004, por medio de la cual la Subgerencia de Prestaciones Económicas del ente demandado le reconoció la pensión de jubilación en cuantía de \$2.126.752.69, efectiva a partir del 15 de enero de 1997, con efectos fiscales desde el 22 de julio de 2000; 2) el artículo 1º de la Resolución No. 14002 de 13 de mayo de 2005, por la cual la Asesora de la Gerencia General de CAJANAL negó la reliquidación de la pensión; 3) el artículo 1º de la Resolución No. 5969 de 19 de septiembre de 2005, mediante la cual fue resuelto el recurso de reposición que confirmó la decisión anterior; y 4) el Oficio DTH/SG 44003 de 30 de agosto de 2006, por cual la Secretaria General del Ministerio de Relaciones Exteriores negó el pago de las cotizaciones para la pensión con base en los salarios devengados como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Colombia ante el Gobierno de Panamá.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se declare que tiene derecho al pago de la pensión en cuantía correspondiente al tope de 20 salarios mínimos legales vigentes (\$3.440.100.00) a partir del 15 de enero de 1997, con efectos fiscales desde el 22 de julio de 2000; que se le reliquide la pensión teniendo en cuenta la nueva cuantía mencionada, sumas actualizadas con base en el I.P.C; y que se le paguen las diferencias de las mesadas pensionales.

Por último, pidió que se dé cumplimiento a la sentencia, de acuerdo a lo establecido en los artículos 171, 176 y 177 del C.C.A; y que se condene al Ministerio de Relaciones Exteriores a la liquidación y pago de las cotizaciones por

concepto de pensión con destino a CAJANAL, sobre los salarios devengados como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Colombia.

Como **hechos** se sintetizan los siguientes:

Expresa que prestó sus servicios durante más de 20 años al Estado, siendo su último cargo el de Embajador Extraordinario Plenipotenciario de Colombia ante el Gobierno de Panamá, funcionario de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, a partir del 7 de octubre de 1992 hasta el 14 de enero de 1997, fecha en que fue retirado del servicio.

Agrega que de acuerdo con lo anterior adquirió el derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985, reconocida mediante Resolución No. 27139 de 2004 en cuantía de \$2.126.752.69. Asegura que la demandada realizó la liquidación de la pensión con base en los factores salariales que certificó el Ministerio citado, correspondientes a un cargo de planta interna, y no a lo que realmente devengó como funcionario de la planta externa.

Por lo anterior, sostiene que el 14 de abril de 2005 solicitó la reliquidación de su pensión, de acuerdo con el certificado expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en el que constan las sumas devengadas en dólares y su equivalencia en pesos. Petición que fue negada por medio de la Resolución No. 14002 de 13 de mayo de 2005, en la que se argumentó que los tiempos que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión, correspondientes a los años que se desempeñó como Congresista, no se

calcularon de acuerdo a la Ley 5ª de 1969, llegando a la conclusión de que no había cumplido con los 20 años de servicio requeridos y por tal razón no tenía derecho a la pensión de jubilación. En el mismo acto -artículo 2º- se ordenó iniciar el trámite de nulidad de la Resolución No. 27139.

Señala que contra el acto anterior interpuso recurso de reposición para que se revocara el acto impugnado y se hiciera la reliquidación de su pensión, el cual fue resuelto por la Resolución No. 5969 de 2005, en la que se tuvo en cuenta una nueva certificación expedida por el Fondo de Previsión del Congreso y se concluyó que el actor había cumplido con los 20 años de servicio requeridos, se dejó sin efectos jurídicos el artículo 2º de la Resolución No. 14002 de 2005, se le reconoció el derecho a la pensión y se le negó la reliquidación solicitada, por considerar que los factores de salario que se tuvieron en cuenta en principio eran los que correspondían.

Asegura que CAJANAL no incluyó los factores salariales que devengó como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, siendo esta la liquidación correcta (\$6.879.344.48), y teniendo en cuenta que ninguna pensión puede ser superior a 20 salarios mínimos legales vigentes, debía ajustarse al tope legal para el año 1997 (\$3.440.100.00):

FACTORES	I.P.C	PROMEDIO MENSUAL	PROMEDIO ACTUAL (IPC)	PROPORCION POR AÑO
1994 Asignación básica	22.59%	\$6.502.177.65	\$11.581.827.52	\$3.114.634.89
1995 Asignación básica	19.46%	\$5.884.506.67	\$8.550.140.98	\$3.065.787.61

1996 Asignación básica	21.63%	\$6.641.376.00	\$8.077.905.62	\$2.896.460.18
1997 Asignación básica		\$6.854.208.00	\$6.854.208.00	\$95.576.61
	TOTAL			
	\$9.172.549.30			
PENSIÓN: (\$9.172.549.30 X 75%)=\$6.879.344.48				

Manifiesta que la Resolución No. 5969 de 2005 es un acto creador de una prestación económica y por ello es demandable en cualquier tiempo, razón por la cual el 16 de junio de 2005 presentó derecho de petición ante el Ministerio de Relaciones Exteriores para que le liquidaran los aportes con el salario realmente devengado, se expidiera un nuevo certificado de factores salariales y para que el ente demandado procediera a reliquidar la pensión. La entidad contestó negativamente con el argumento de que la liquidación se había efectuado de acuerdo a la normatividad vigente y a la asignación de un cargo equivalente en la planta interna.

Afirma que interpuso acción de tutela contra el Ministerio, la cual fue resuelta de manera favorable, amparando transitoriamente sus derechos, fallo que fue impugnado y revocado por la Corte Suprema de Justicia. Que posteriormente, elevó solicitud ante el Ministerio con el fin de que se respetara la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a este tema, petición que fue negada por medio del Oficio DTH/SG. 44003 de 30 de agosto de 2006.

Alega que CAJANAL desconoció jurisprudencia de la Corte Constitucional que establece que las prestaciones deben liquidarse con base en el salario que corresponde al cargo realmente desempeñado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Considera transgredidas las siguientes normas: artículos 2, 4, 6, 13, 25, 29, 46 y 58 de la Constitución Política; 10 del Código Civil; 5 de la Ley 57 de 1887; 1º de la Ley 33 de 1985; 1º de la Ley 62 de 1985; 57 Decreto 10 de 1992; y 17, 18 y 289 de la Ley 100 de 1993.

Expresa que el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 fue derogado por los artículos 17 y 18 de la Ley 100 de 1993, que es la norma vigente para el caso; que aquel estaba en contravía del derecho a la igualdad, ya que no es posible que a los funcionarios se les liquide la pensión con base en el salario devengado y a los miembros del cuerpo diplomático sus prestaciones se les liquiden con fundamento en salarios inferiores devengados por otros trabajadores.

Afirma que el Ministerio remitió a CAJANAL las certificaciones de los factores salariales correspondientes a las asignaciones devengadas como Embajador, pero las cotizaciones las realizó sobre las asignaciones devengadas para el cargo equivalente, que es el de Secretario General del Ministerio, que no desempeñó, basándose en el artículo que fue declarado inexecutable.

Cita jurisprudencia¹ en cuanto a la obligatoriedad de respetar los derechos de los miembros del cuerpo diplomático y la liquidación de sus pensiones con base en lo realmente devengado.

Aduce que la entidad demandada, al resolver la solicitud de reliquidación pensional, se contradice entre lo dicho en la motivación y la decisión, ya que por una parte afirma que la jurisprudencia de la Corte Constitucional establece que la liquidación de la pensión de quienes hacen parte del cuerpo diplomático en el exterior debe hacerse con base en el salario devengado y no sobre el equivalente al de la planta interna y, sin embargo, decide negar la reliquidación, pese a que debe efectuarse sobre los salarios reales y requerir al Ministerio para que cancele la diferencia en la cotización de la pensión.

Respecto a la falta de pago de los aportes, considera que esta omisión no debe afectar al afiliado porque la responsabilidad recae directamente sobre el empleador².

Por último, señala que en la Ley 33 de 1985 y normas anteriores, se estableció que las pensiones se calculaban con base en los salarios devengados por quien solicita el reconocimiento pensional y no sobre los sueldos que devenga otra persona, lo que, así mismo, establece la Ley 100 de 1993; que por tanto, se quebrantó esta norma y las anteriores al liquidar la pensión sobre los sueldos del cargo equivalente en la planta interna.

¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-534 de 21 de mayo de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-083 de 4 de febrero de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

² Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, de 28 de abril de 1993, expediente No. 5244, M.P. Dolly Pedraza de Arenas; Sentencia de la Corte Constitucional C-179 de 10 de abril de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

Propuso como excepciones, el cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, violación al principio de legalidad, principio constitucional de sostenibilidad presupuestal y principio de solidaridad.

Manifiesta que el Ministerio de Relaciones Exteriores en desarrollo del “*ius variandi* geográfico” puede distribuir a sus servidores dentro de la planta de personal y que, así mismo, los puede enviar al exterior para el cumplimiento de una función, para lo cual reconoce algunos gastos para que el servidor asuma sus obligaciones personales, remuneración que en la mayoría de las veces se paga en dólares.

Agrega que el Ministerio cuenta con el “principio de alternación”, que es una herramienta para la coordinación del manejo del personal que envía y regresa al país, lo que le permite administrar sus funciones, así como el pago de los servicios y además asumir las cargas que acarrea el enviar a sus servidores a gestiones en el exterior y traerlos. Afirma que en razón a este principio es que los funcionarios de la planta externa se asimilan a los cargos de la planta interna.

Sostiene que con fundamento en el artículo 57 del Decreto 10 de 1992, tuvo en cuenta el salario realmente devengado y no uno diferente, ya que el mandato de la norma es el de cotizar y liquidar con base en los salarios

equivalentes a un cargo similar de la planta interna. Además, que percibió los aportes del personal de la planta externa del Ministerio con base en los salarios equivalentes a un cargo similar de la planta interna, lo que quiere decir que recibió cotizaciones sobre un salario que no corresponde al realmente devengado.

Expresa que la pretensión del actor de la reliquidación de la pensión sobre factores salariales que no consagra la ley vigente, viola el principio de legalidad y de sostenibilidad presupuestal. Alega que la liquidación de la pensión debe hacerse sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Por último, solicita que en caso de acceder a las pretensiones se declare la prescripción trienal de las mesadas.

LA SENTENCIA

Por medio de sentencia de 14 de febrero de 2008, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló las Resoluciones No. 14002 de 2005 y 5969 del mismo año, y parcialmente la Resolución No. 27139 de 2004; ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, en cuantía del 75% de la asignación mensual devengada en dólares convertida a pesos colombianos, con el tope máximo de 20 salarios mínimos, a partir del 15 de enero de 1997, con efectos fiscales desde el 22 de julio de 2000 por prescripción trienal de las mesadas pensionales.

En cuanto al Oficio demandado, aclaró que no se constituye en acto definitivo respecto del asunto que se debate y, por lo tanto, no lo estudió de fondo.

Respecto a las excepciones propuestas por la entidad, consideró que se trata de afirmaciones que no constituyen medios exceptivos, sino argumentos de la defensa.

Realizó un recuento normativo y jurisprudencial³, del que concluyó que el monto de la cotización y el de la liquidación de la pensión debe calcularse con fundamento en lo realmente devengado por el servidor y no sobre ingresos inferiores a los percibidos, sin importar si están vinculados en la planta interna o externa de la entidad.

Por lo anterior, estimó que los actos acusados se expidieron con desconocimiento de los derechos laborales consagrados constitucional y legalmente, razón por la cual los declaró nulos.

EL RECURSO

El apoderado de la parte demandada sostiene que de conformidad con los artículos 57 del Decreto 10 de 1992 y 65 del Decreto 274 de 2000, el ingreso base de cotización es la asignación básica mensual correspondiente al cargo equivalente en la planta interna. Agrega que a los únicos funcionarios a quienes se les liquidan sus prestaciones sociales en dólares, es a los extranjeros al servicio de Colombia en el exterior.

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."

Señala que es inconcebible la pretensión del actor de que CAJANAL le liquide su mesada pensional en dólares americanos, cuando realmente ha cotizado en pesos colombianos.

Asevera que el empleado público realiza una gestión oficial netamente interna, aunque la esté cumpliendo fuera del país; que al interior del país la única moneda de curso legal es el peso colombiano y que, así su remuneración se haya pagado en dólares para su sustento, sigue siendo un empleado público que cumple una labor en un ente público colombiano.

Arguye que el demandante no hizo referencia alguna al cálculo de sus aportes a la seguridad social, lo que daría lugar a recalcularlos con base en lo realmente devengado y no con el salario del cargo equivalente en la planta interna; que se paga en dólares para facilitar las cosas a quien cumple una labor lejos de la patria. Concluye que, en ese orden, no resultó transgredido el ordenamiento legal.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada se ratifica en los argumentos expuestos en el recurso y en la contestación de la demanda.

La parte demandante Insiste en los argumentos expuestos en la demanda.

Agrega que antes de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 57 del Decreto 10 de 1992, la Corte Constitucional había recalado que éste

resultaba contrario a los principios de dignidad humana e igualdad, violando los derechos al mínimo vital y a la seguridad social, para lo cual cita sentencia⁴ que hace referencia al tema.

El Ministerio Público manifiesta que conforme a la sentencia de la Corte Constitucional⁵, el actor tiene derecho a que el ente demandado le reliquide la pensión de jubilación conforme al salario realmente devengado como diplomático, el cual aparece en las certificaciones expedidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y no sobre lo devengado en el cargo equivalente en la planta interna.

Añade que así los valores salariales se encuentren en dólares, la pensión debe liquidarse en pesos colombianos, por cuanto el ex servidor público es nacional Colombiano y las cotizaciones para la pensión se efectuaron en esta moneda⁶.

Agotado el trámite procesal, y no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se cuestionan los siguientes actos: 1) Los artículos 1 y 4 de la Resolución No. 27139 de 1º de diciembre de 2004, por la cual le fue reconocida al actor la pensión de jubilación, efectiva a partir del 15 de enero de 1997, con

⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-1016 de 2000

⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-173 de 2004.

efectos fiscales desde el 22 de julio de 2000; 2) El artículo 1º de la Resolución No. 14002 de 13 de mayo de 2005, que negó la solicitud de reliquidación de la pensión; 3) El artículo 1º de la Resolución No. 5969 de 19 de septiembre de 2005, que confirmó el artículo 1º de la Resolución anterior; y 4) El Oficio DTH/SG. 44003 de 30 de agosto de 2006, mediante el cual el Ministerio de Relaciones Exteriores negó el pago de las cotizaciones para la pensión del actor, de acuerdo a lo devengado como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario.

Problema jurídico

El asunto se contrae a establecer si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, con base en el salario y factores devengados como Embajador Extraordinario Plenipotenciario (funcionario de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores) o si, por el contrario, debe tomarse el salario correspondiente a un cargo equivalente de la planta interna de ese Ministerio.

Para resolver el presente asunto 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 como habrían de ser pagadas las prestaciones sociales de los empleados del servicio exterior, de la siguiente manera:

⁶ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 135; Ley 9ª de 1991, artículo 28; Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de 11 de febrero de 1994, M.P. Jorge Iván Palacio; y Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, de 24 de mayo de 2007, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

“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.”

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^[2]. 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 que la disposición declarada inexecutable fue reproducida en la Ley 797 de 2003 -artículo 7°- parágrafo, al prever que para los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores el cálculo del ingreso base de cotización se hará 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.

Debe precisarse, así mismo, 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.

Del asunto concreto

El demandante en el presente asunto superaba los 40 años al entrar a regir el nuevo ordenamiento en abril 1º de 1994, pues nació el 24 de septiembre de 1924 (f.88 subrayado Anexo N° 1) lo que lo subsume dentro del régimen de transición de la Ley 100.

Es aplicable el régimen de la Ley 100 de 1993, cuando el servidor no se halla en el régimen de transición o el régimen que lo regía con anterioridad, si se hallaba dentro de los supuestos consagrados en su artículo 36 para ser beneficiario del régimen de transición, lo que no significa en modo alguno la aplicación de la norma de equiparación referida con anterioridad, que como quedó establecido, es inconstitucional.

Así mismo, ha de señalarse que los reproches del actor no se encaminaron al tiempo considerado por la entidad de previsión para liquidar la prestación, sino a la asignación con base en la cual fue efectuada tal liquidación, luego la Sala no se detendrá en tal análisis, máxime cuando la apelación fue solamente interpuesta por la parte demandada.

Los actos acusados señalan con claridad los tiempos laborados con suficiencia por el actor, circunstancia que, además, no es materia de discusión en esta litis y por ello, sólo resta concluir, de acuerdo a lo consignado en párrafos antecedentes, que la liquidación efectuada por la entidad de previsión fue ilegal al dar aplicación a normas abiertamente violatorias del derecho a la igualdad, a la dignidad y al mínimo vital, que en modo alguno pueden ser supeditadas a factores como la sostenibilidad de las pensiones, pues este mismo encuentra su fundamento en las cotizaciones que son descontadas a cada servidor y que en el fallo que se revisa fueron ordenadas.

En consecuencia, tuvo razón el Tribunal en su decisión, lo que impone la confirmación de la sentencia de primera instancia.

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 :

CONFÍRMASE la sentencia de catorce (14) de febrero de dos mil ocho (2008), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, dentro del proceso promovido por ALFONSO ARAUJO COTES contra la Caja Nacional de Previsión – EICE., hoy en día en liquidación, por lo cual habrá de adicionarse la expresión “o la entidad que haga sus veces”.

RECONÓCESE personería a la abogada MARÍA ROCÍO TRUJILLO GARCÍA para actuar dentro del presente proceso en representación de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E, – en liquidación - en los términos y para los efectos del poder otorgado a folio 115.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

Expediente No. 1844-08. Actor: ALFONSO ARAUJO COTES