Función Pública

Sentencia 2011-01192 de 2020 Consejo de Estado

PENSIÃN DE JUBILACIÃN DE LOS EMPLEADOS DE LA PLANTA EXTERNA DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÃN – DeterminaciÃ³n / SALARIO EN MONEDA EXTRANJERA – ConversiÃ³n a moneda nacional /TOPE PENSIONAL

El ingreso base de cotizaciÃ³n y de liquidaciÃ³n para el sistema general de pensiones de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores deben reflejar lo efectivamente devengado, sin acudir a equivalencias con cargos de la planta interna que en la mayorÃa de los casos es inferior al percibido y por ello configura una evidente violaciÃ³n de los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana, mÃnimo vital, entre otros, como quedÃ³ visto. (…). Teniendo en cuenta la asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual percibida por el demandante en moneda extranjera, el ingreso base de cotizaciÃ³n, los datos certificados por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y el ingreso base de liquidaciÃ³n que indicÃ³ CAJANAL EICE, para liquidar la prestaciÃ³n pensional del demandante resulta evidente una diferencia que va en detrimento de sus intereses, en tanto su prestaciÃ³n pensional fue liquidada teniendo en cuenta una asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual inferior a la que realmente percibiÃ³ durante dichos aÃ±os. De tal manera, se advierte que el ingreso base de cotizaciÃ³n reflejado en el ingreso base de liquidaciÃ³n tenido en cuenta antes del mes de mayo de 2004, para efectos de liquidar la prestaciÃ³n pensional del demandante, fue calculado respecto de unas sumas distintas a las que en realidad percibÃa como empleado de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, vulnerando de esta manera sus derechos fundamentales a la igualdad, la dignidad humana y el mÃnimo vital. En tal sentido, no tiene razÃ³n la entidad recurrente cuando afirma que solo puede liquidar la mesada pensional del actor, de conformidad con el ingreso base de cotizaciÃ³n sobre el cual el empleador, Ministerio de Relaciones Exteriores realizÃ³ los aportes, pues se debe tener en cuenta que en aplicaciÃ³n de la jurisprudencia reiterada de esta CorporaciÃ³n y de la Corte Constitucional, el ingreso base de liquidaciÃ³n pensional de los funcionarios de la planta externa del citado Ministerio que devengan su asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual en moneda extranjera, debe corresponder con lo efectivamente percibido en esa moneda. (…). De lo anterior, se infiere que resulta procedente la reliquidaciÃ³n de la mesada pensional del seÃ±or Alejandro Borda Rojas, tomando para ello la asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual percibida en moneda extranjera, con la conversiÃ³n a pesos, durante los 10 Ãºltimos aÃ±os de servicios, sin que el monto de la misma sobrepase el tope de los 25 SMLMV.

NOTA DE RELATORÃA: Sobre el ingreso base de liquidaciÃ³n de los beneficiarios del rÃ©gimen de transiciÃ³n pensional del inciso 3 del artÃculo 36 de la Ley 100 de 1993, ver: C. de E., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificaciÃ³n de 28 de agosto de 2018, rad.: 2012-00143-01(IJ), C.P.: CÃ©sar Palomino CortÃ©s. En cuanto a la liquidaciÃ³n de la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n del personal que labora en la planta externa del servicio exterior colombiano, ver: C. de E., SecciÃ³n Segunda, sentencia de 11 de abril de 2019, rad.: 2120-13.

FUENTE FORMAL: DECRETO 10 DE 1992 – ARTÃCULO 9 / DECRETO 10 DE 1992 – ARTÃCULO 10 / DECRETO 10 DE 1992 – ARTÃCULO 11 / DECRETO 10 DE 1992 – ARTÃCULO 55 / DECRETO 10 DE 1992 – ARTÃCULO 56 / DECRETO 10 DE 1992 – ARTÃCULO 57 / DECRETO 274 DE 2000- ARTÃCULO 66 / DECRETO 274 DE 2000 – ARTÃCULO 35

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÃN SEGUNDA

SUBSECCIÃN “A”.

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

BogotÃ¡, D.C., veintitrÃ©s (23) de enero de dos mil veinte (2020).

RadicaciÃ³n nÃºmero: 25000-23-25-000-2011-01192-01(4026-16)

Actor: ALEJANDRO BORDA ROJAS

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÃN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÃN SOCIAL - UGPP

Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia de segunda instancia. Decreto 01 de 1984.

ASUNTO

Procede la Sala de SubsecciÃ³n A, a decidir el recurso de apelaciÃ³n interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 12 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n F, que accediÃ³ parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA[1]

El seÃ±or Alejandro Borda Rojas, a travÃ©s de apoderado, en ejercicio de la acciÃ³n de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artÃculo 85 del CÃ³digo Contencioso Administrativo demandÃ³ a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÃN SOCIA, CAJANAL, en liquidaciÃ³n, hoy sustituida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÃN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÃN SOCIAL - UGPP, con el fin que obtener el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Pretensiones[2]

(i) La nulidad parcial de la ResoluciÃ³n 47919 del 16 de septiembre de 2008 proferida por CAJANAL, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una pensiÃ³n mensual vitalicia por vejez.

(ii). La nulidad parcial de la ResoluciÃ³n PAP 021836 del 26 de octubre de 2010, proferida por CAJANAL, por la cual se resuelve el recurso de reposiciÃ³n.

(iii). La nulidad parcial de la ResoluciÃ³n PAP 054393 del 23 de mayo de 2011, proferida por CAJANAL, por la cual se reliquida por nuevos factores de salario la pensiÃ³n de vejez.

(iv). La nulidad parcial de la ResoluciÃ³n UGM 00665 del 8 de julio de 2011, proferida por CAJANAL, por la cual se resuelve un recurso de reposiciÃ³n contra la ResoluciÃ³n 54393 del 23 de mayo de 2011.

(v). En consecuencia, a tÃtulo de restablecimiento del derecho, solicitÃ³ reliquidar la pensiÃ³n del demandante teniendo en cuenta para establecer el IBL de los periodos comprendidos entre el 23 de octubre de 1999 y el 9 de mayo de 2004, y del 4 de diciembre de 2006 al 12 de noviembre de 2009, los salarios marcos alemanes, euros y dÃ³lares, que de acuerdo con el artÃculo 5 de la Ley 4 de 1992 y decretos 60 de 1999, 1484 de 2001, 856 de 2002, 3547 de 2003 y 2078 de 2004, por los cuales se fijan las asignaciones bÃ¡sicas de los funcionarios que prestan sus servicios en las misiones diplomÃ¡tica y oficinas consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores, devengÃ³ conforme a los certificados respectivos, convertidas dichas sumas a pesos, a la tasa representativa del mercado vigente para la Ã©poca, publicada por el Banco de la RepÃºblica y actualizados aÃ±o por aÃ±o con base en el IPC certificado por el DANE.

(vi). Liquidar y disponer el pago retroactivo, a partir de su retiro del servicio hasta la inclusiÃ³n en la nÃ³mina de pensionados del nuevo valor de su pensiÃ³n, de la diferencia a su favor entre la suma que se le liquidÃ³ y el valor a que asciende la misma conforme a la liquidaciÃ³n practicada teniendo en cuenta los salarios en marcos alemanes, euros y dÃ³lares que percibiÃ³ entre el 23 de octubre de 1999 y el 09 de mayo de 2004 y del 4 de diciembre de 2006 al 12 de noviembre de 2009, cuando se desempeÃ±Ã³ en el exterior, convertidas dichas sumas a pesos moneda corriente a la tasa representativa del mercado vigente para la Ã©poca, y actualizados aÃ±o por aÃ±o con base en el IPC.

Deducir del monto del retroactivo los dineros que haya recibido netos por pensiÃ³n hasta el dÃa de su inclusiÃ³n en nÃ³mina con el nuevo valor y las sumas que le corresponde asumir en la proporciÃ³n de ley para completar el lÃmite de cotizaciÃ³n durante los periodos indicados, con base en los salarios reales.

(vii). Pagar a tÃtulo de reparaciÃ³n del daÃ±o “colateral” producto de la nueva liquidaciÃ³n, los intereses corrientes a la tasa mÃ¡xima que certifique el Banco de la RepÃºblica durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del fallo que acceda a las pretensiones de la demanda, y moratorios desde entonces hasta el dÃa en que se cumpla con el pago de la condena, y por ÃºltimO, solicitÃ³ pagar las costas del proceso, incluyendo las agencias en derecho.

1.2. Fundamentos fÃ¡cticos:

Como sustento fÃ¡ctico expuso los siguientes:

(i). El seÃ±or Alejandro Borda Rojas, laborÃ³ al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 5 de febrero de 1975 hasta el 12 de noviembre de 2009, periodo en el cual ocupÃ³ los siguientes cargos:

Del 23 de octubre de 1999 al 9 de mayo de 2004 Ministro Plenipotenciario en el Consulado de Colombia en Paris – Francia.

Del 4 de diciembre de 2006 al 12 de noviembre de 2009 Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Corea.

(ii). Mediante ResoluciÃ³n No 47919 del 16 de septiembre de 2008 la extinta CAJANAL reconociÃ³ pensiÃ³n mensual de vejez a partir del 1 de agosto de 2008 en cuantÃa de $4.818.284, suma correspondiente al 75% del ingreso promedio base de liquidaciÃ³n calculando los Ãºltimos 10 aÃ±os de servicio en $6’419.045,51.

(iii). Contra la anterior decisiÃ³n se interpuso recurso de reposiciÃ³n, el cual fue resuelto a travÃ©s de la ResoluciÃ³n 021836 del 26 de octubre de 2010, que modificÃ³ la anterior y elevÃ³ la mesada pensional a la suma de $4.833.226, sobre un ingreso base de liquidaciÃ³n de $6’444.302,38, a una tasa de remplazo del 75% calculando los Ãºltimos 10 aÃ±os de servicio.

(iv). A travÃ©s de la ResoluciÃ³n No 054393 del 23 de mayo de 2011, *“por la cual se reliquida por nuevos factores de salario una pensiÃ³n de vejez”,* la extinta CAJANAL elevÃ³ la cuantÃa a la suma de $7’389.310,58, que corresponde al 75% del IBL de los Ãºltimos 10 aÃ±os de servicio del 23 de octubre de 1999 al 12 de noviembre de 2009.

(v). Inconforme con la anterior decisiÃ³n, el demandante interpuso recurso de reposiciÃ³n, el cual fue resuelto a travÃ©s de la ResoluciÃ³n No UGM 000665 del 8 de julio de 2011 que confirmÃ³ tal decisiÃ³n y agotÃ³ la vÃa gubernativa.

(vi.) Sostuvo que de acuerdo a los certificados expedidos por el coordinador de nÃ³mina y prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, el demandante durante los periodos en los cuales prestÃ³ sus servicios en el exterior, devengÃ³ sus salarios en marcos alemanes, euros y dÃ³lares, cuyas sumas convertidas a pesos colombianos, a la tasa representativa del mercado vigente para la Ã©poca, publicada por el Banco de la RepÃºblica y actualizados aÃ±o por aÃ±o con base en la variaciÃ³n de IPC, arrojarÃan un promedio salarial real de $14.345.205, lo que determinarÃa una cuantÃa pensional de $10’758.903 y no $7’389.310,58 como fue reconocida a travÃ©s de los actos administrativos demandados, existiendo una diferencia a su favor.

1.3. Normas violadas y concepto de violaciÃ³n

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De orden constitucional: ArtÃculos 1, 2, 4, 13, 25, 29, 48, 53, 58, 83, 209 y 243 de la ConstituciÃ³n PolÃtica.

De orden legal: artÃculo 1, 4, 10 y 21 de la Ley 100 de 1993, artÃculo 46 del Decreto 692 de 1994, 127 del CÃ³digo Sustantivo del Trabajo.

Jurisprudencia: Sentencia C-173 de 2004 de la Corte Constitucional que declarÃ³ inexequible el artÃculo 7Â° de la Ley 797 de 2003.

Al explicar el concepto de violaciÃ³n, refiere la demanda que con la expediciÃ³n de los actos administrativos se desatendiÃ³ la cosa juzgada constitucional respecto al ingreso base de liquidaciÃ³n de los servidores pÃºblicos que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores contenida en la sentencia C-173 de 2 de marzo de 2004 que declarÃ³ inexequible la expresiÃ³n “para los cargos equivalentes en la planta interna”, introducida por el artÃculo 7 de la Ley 797 de 2003, toda vez que conforme a la ratio decidendi del fallo, la liquidaciÃ³n y la fijaciÃ³n de la cuantÃa de la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n debe realizarse conforme al salario realmente devengado, porque no es constitucionalmente admisible reducir el salario para efectos del cÃ¡lculo de su pensiÃ³n.

AfirmÃ³ que para liquidar la pensiÃ³n del demandante debe tenerse en cuenta el salario real devengado y nunca un salario inferior, que ademÃ¡s es ficticio pues no corresponde realmente al cargo desempeÃ±ado y a las responsabilidades derivadas del mismo.

ManifestÃ³ que la disminuciÃ³n de la pensiÃ³n mensual vitalicia por vejez del accionante, producto de la inobservancia por parte de CAJANAL de la regla impuesta en la sentencia C-173 de 2004, socava derechos constitucionales como la dignidad humana, la igualdad, el debido proceso, el trabajo y la seguridad social, por haberse liquidado con base en una asignaciÃ³n inferior al salario que percibiÃ³ durante los periodos en que laborÃ³ para el Ministerio de Relaciones Exteriores en el exterior, generÃ¡ndose asÃ una pensiÃ³n menor.

2.- CONTESTACIÃN DE LA DEMANDA

La Caja Nacional de PrevisiÃ³n Social CAJANAL[3], se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos:

ManifestÃ³ que en consideraciÃ³n a lo previsto en el artÃculo 7 de la Ley 797 de 2003, la liquidaciÃ³n de la pensiÃ³n del accionante se encuentra ajustada a derecho y soportada en la certificaciÃ³n expedida por el coordinador de nÃ³mina y prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, teniendo en cuenta en forma estricta el precedente jurisprudencial establecido en la Sentencia C-174 de 2004, aplicando el 75% del promedio equivalente en pesos sobre el salario promedio devengado por el demandante en los ÃºltimoS 10 aÃ±os de servicio, motivo por el cual

considera que es improcedente reliquidar la pensiÃ³n.

Propuso como excepciones (i) cobro de lo no debido, (ii) caducidad de la acciÃ³n y (iii) prescripciÃ³n.

3. LA SENTENCIA APELADA[4]

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n "F", accediÃ³ a las pretensiones de nulidad parcial de las Resoluciones No 47919 de 16 de septiembre de 2008, que reconociÃ³ la pensiÃ³n por vejez del seÃ±or Alejandro Borda Rojas, 021836 del 26 de octubre de 2010, PAP 054393 de 23 de mayo de 2011 y UGM 000665 de 8 de julio de 2011, mediante las cuales se reliquidÃ³ la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n del demandante.

En consecuencia, ordenÃ³ a la UGPP, reliquidar la pensiÃ³n de vejez del actor, teniendo en cuenta para establecer el ingreso base de liquidaciÃ³n IBL de los periodos comprendidos entre el 23 de octubre de 1999 y el 9 de mayo de 2004 y del 4 de diciembre de 2006 al 12 de noviembre de 2009, que el demandante percibiÃ³ la asignaciÃ³n bÃ¡sica en marcos alemanes, euros y dÃ³lares, conforme a la certificaciÃ³n expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, sumas que se convertirÃ¡n al equivalente en pesos colombianos y pagar las diferencias pensionales que surjan de la reliquidaciÃ³n ordenada, previa deducciÃ³n de lo pagado al actor en virtud del reconocimiento y reliquidaciÃ³n de la pensiÃ³n de vejez.

La anterior decisiÃ³n, tuvo sustento en las siguientes consideraciones:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostuvo que los empleados de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, tienen derecho a que su pensiÃ³n se reconozca y si es del caso se reliquide con base en el valor real de los salarios devengados por el trabajador durante su servicio en el exterior y no el salario equivalente del cargo en la planta interna.

Los actos administrativos demandados fueron proferidos con violaciÃ³n de las normas superiores, especÃficamente por indebida aplicaciÃ³n del artÃculo 7 de la Ley 797 de 2003 y el desconocimiento de lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-173 de 2004, cuando seÃ±ala que al no tomarse como ingreso base de liquidaciÃ³n de la mesada pensional el salario realmente devengado por el demandante, bien en dÃ³lares o la moneda extranjera percibida, se estarÃa vulnerando el derecho al trabajador, pues no se puede tomar el IBL de un cargo equivalente en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, como efectivamente lo hizo la entidad demandada. La consecuencia jurÃ-dica de dicha situaciÃ³n es que CAJANAL reconociÃ³ un monto de la mesada pensional por debajo del valor que en realidad le correspondÃa al seÃ±or Alejandro Borda Rojas.

SeÃ±alÃ³ que la nulidad parcial solamente afectarÃ¡ el monto o cuantÃa de la pensiÃ³n reconocida al demandante tanto en la ResoluciÃ³n No 47919 de 2008 como en las demÃ¡s resoluciones por medio de las cuales CAJANAL realizÃ³ la reliquidaciÃ³n de dicha pensiÃ³n. Los demÃ¡s aspectos de dichos actos no sufren afectaciÃ³n, toda vez que el actor solamente ha cuestionado la ilegalidad del monto de la mesada pensional reconocida por CAJANAL, por lo cual los aspectos sustanciales del reconocimiento de la pensiÃ³n se mantienen incÃ³lumes bajo la presunciÃ³n de legalidad que los cobija.

En cuanto a la pretensiÃ³n de reparaciÃ³n del daÃ±o colateral, el cual se concretÃ³ en el pago de intereses corrientes y moratorios, estos no fueron reconocidos debido a que se ordenÃ³ actualizar las diferencias en las mesadas pensionales y dichos intereses resultan incompatibles con lo anterior ya que buscan la misma finalidad.

El tribunal ordenÃ³ a la entidad demandada tener en cuenta que el monto de la pensiÃ³n reliquidada no puede superar el tope de 25 smmlv, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 48 de la C.P. Por Ãºltimo, sobre la prescripciÃ³n, considerÃ³ el tribunal que la misma no se configurÃ³ en el caso concreto.

4.- EL RECURSO DE APELACIÃ□N[5]

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÃ□N PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÃ□N SOCIAL – UGPP presentÃ³ recurso de apelaciÃ³n contra la sentencia del 12 de mayo de 2016, para que se revoque la decisiÃ³n y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, con sustento en los siguientes argumentos:

(i).- ManifestÃ³ que a travÃ©s de la ResoluciÃ³n PAP 054393 de 23 de mayo de 2011, CAJANAL reliquidÃ³ la pensiÃ³n del seÃ±or Alejandro Borda Rojas con la inclusiÃ³n de nuevos factores salariales, elevando la cuantÃa a la suma de $7’389.310,58, con efectos a partir del 13 de noviembre de 2009, condicionada al retiro efectivo del servicio, tomando como base lo establecido en el artÃculo 7 de la Ley 797 de 2003. En tal sentido, expuso que el reconocimiento pensional se ajustÃ³ a derecho y se encuentra soportada en la certificaciÃ³n suscrita por el coordinador de nÃ³mina y prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial establecido en la sentencia C-173 de 2004 de la Corte Constitucional, esto es, aplicando el 75% del promedio equivalente en pesos sobre el salario promedio devengado en los Ãºltimos 10 aÃ±os de servicio, es decir del 13 de noviembre de 1999 al 12 de noviembre de 2010, razÃ³n por la cual estima que la ResoluciÃ³n 054393 se encuentra ajustada a derecho y no es procedente acceder a efectuar una nueva reliquidaciÃ³n de la pensiÃ³n de vejez del demandante. En relaciÃ³n con el ajuste de la pensiÃ³n aplicando el incremento del IPC, manifestÃ³ que esto ya ha sido realizado de oficio por la entidad en aplicaciÃ³n del artÃculo 14 de la Ley 100 de 1993.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÃ□N DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1.- La Unidad Administrativa Especial de GestiÃ³n Pensional y Contribuciones Parafiscales de la ProtecciÃ³n Social - UGPP , reiterÃ³ que mediante ResoluciÃ³n No 47919 del 16 de septiembre de 2008, se reconociÃ³ la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n del demandante de conformidad con lo previsto en el artÃculo 36 de la Ley 100 de 1993, y posteriormente se reliquidÃ³ mediante ResoluciÃ³n 54393 de 23 de mayo de 2011 por nuevos factores salariales, teniendo en cuenta el decreto 1158 de 1994, incluyendo asignaciÃ³n bÃ¡sica, bonificaciÃ³n por servicios prestados e incrementos por antigÃ¼edad, elevando la cuantÃa a $7’389.310.

En cuanto a la pretensiÃ³n de liquidar la pensiÃ³n conforme a los salarios devengados como funcionario de plante externa, afirmÃ³ que la entidad se ha ceÃ±ido a la postura de la Corte Constitucional, en el sentido que se debe tener en cuenta el salario realmente devengado, es decir, el percibido como funcionario de planta externa, pues lo contrario conllevarÃa a vulnerar el derecho a la igualdad.

5.2. La parte demandante, solicitÃ³ confirmar la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n ha debido liquidarse con base en los salarios en marcos alemanes, euros y dÃ³lares, que arrojan una base pensional de $14’345.205,20 y en consecuencia una pensiÃ³n de $10’758.903,90 equivalente al 75% del promedio de los salarios percibidos. ReiterÃ³ los argumentos de la demanda en torno a la declaratoria de inexequibilidad del artÃculo 7 de la Ley 797 de 2003 para insistir en que debe tomarse como base el salario realmente devengando por el actor y nunca un salario inferior. Por Ãºltimo, solicitÃ³ condenar en costas a la entidad demandada.

6.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÃ□BLICO

El Ministerio PÃºblico no emitiÃ³ concepto fiscal.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones

II.- CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Esta CorporaciÃ³n es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, al tenor de lo previsto en el artÃculo 129 del C.C.A.

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artÃculo 328 del CÃ³digo General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia estÃ¡ circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverÃ¡ sin limitaciones.

En el presente caso, la Sala se ocuparÃ¡ de resolver sobre los motivos de impugnaciÃ³n expuestos por la demandada en el recurso de apelaciÃ³n.

2.- Problema jurÃdico

De acuerdo con los argumentos del recurso de apelaciÃ³n presentado por la parte demandada, le corresponde a la Sala determinar Â¿si estÃ¡n viciados de nulidad los actos administrativos de reconocimiento y reliquidaciÃ³n pensional demandados, por no tener en cuenta en la base de liquidaciÃ³n, los salarios en marcos alemanes, euros y dÃ³lares realmente percibidos por el demandante Alejandro Borda Rojas con la conversiÃ³n a pesos, durante los ÃºltimoS 10 aÃ±os de servicios prestados en planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, como Ministro Plenipotenciario y Embajador de Colombia?.

Para resolver la cuestiÃ³n, la Sala desarrollarÃ¡ el siguiente orden metodolÃ³gico: (i) marco legal y jurisprudencial en materia pensional de los empleados de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores; y ii) anÃ¡lisis caso en concreto.

3.- Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

3.1.- Marco legal y jurisprudencial en materia pensional de los empleados de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores

Antes de la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993[6], los empleados de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores estaban regulados por los Decretos 311 de 1951, 2016 de 1968 (arts. 66, 75 y 76) que contenÃa el *"Estatuto OrgÃ¡nico del Servicio DiplomÃ¡tico y Consular"* y 1253 de 1975 por el cual se modificÃ³ el artÃculo 76 del Decreto 2016 de julio 17 de 1968.

Posteriormente, la Ley 41 de 1975 derogÃ³ los artÃculos 1Âº y 2Âº del Decreto 1253 de 1975 disponiendo que las prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior debÃan ser liquidadas y pagadas *"con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo establecido en el artÃculo 12 del Decreto 2016 de 1968, salvo lo previsto en el artÃculo 66 del mismo Decreto"*.

Luego, el Decreto 10 de 1992[7], "Estatuto OrgÃ¡nico del Servicio Exterior y de la Carrera DiplomÃ¡tica y Consular", dispuso:

"ArtÃculo 9Âº La Carrera DiplomÃ¡tica y Consular es el estatuto que regula el ingreso, ascenso, permanencia, alternaciÃ³n, rÃ©gimen de comisiones, evaluaciÃ³n, disponibilidad, asignaciones especiales y retiro de los funcionarios que desempeÃ±an funciones diplomÃ¡ticas y Consulares.

ArtÃculo 10. Las categorÃas de los funcionarios de la Carrera DiplomÃ¡tica y Consular son las siguientes:

a) Embajador;

b) Ministro Plenipotenciario;

c) Ministro Consejero;

d) Consejero;

e) Primer Secretario;

f) Segundo Secretario;

g) Tercer Secretario.

ArtÃculo 11. Las equivalencias entre el servicio diplomÃ¡tico y el servicio consular son las siguientes:

En el Servicio DiplomÃ¡tico	En el Servicio Consular
Ministro Plenipotenciario	CÃ³nsul General
Ministro Consejero	CÃ³nsul General
Consejero	CÃ³nsul General
Primer Secretario	CÃ³nsul de Primera
Segundo Secretario	CÃ³nsul de Segunda
Tercer Secretario	VicecÃ³nsul

ParÃ¡grafo. Los funcionarios escalafonados en la Carrera podrÃ¡n ser designados indistintamente tanto en el servicio diplomÃ¡tico como en el consular.

Y en los artÃculos 55, 56 y 57, se regulÃ³ la liquidaciÃ³n pensional de los funcionarios de carrera diplomÃ¡tica

“ArtÃculo 55. Los funcionarios de la Carrera DiplomÃ¡tica y Consular que reÃºnan los requisitos legales en cuanto a edad y tiempo de servicio, que hayan alcanzado la categorÃa de Embajador y que al retirarse del servicio soliciten su pensiÃ³n de jubilaciÃ³n o invalidez tendrÃ¡n derecho a que Ã©sta les sea liquidada y pagada con base en las asignaciones de los Ministros del Despacho, calculada a la fecha de retiro del funcionario.

ArtÃculo 56. La liquidaciÃ³n de la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n o de invalidez de los funcionarios de la Carrera DiplomÃ¡tica y Consular, se harÃ¡ sobre la base del cargo de mayor categorÃa que haya desempeÃ±ado el funcionario durante su carrera, por un aÃ±o al menos, conforme a las categorÃas y equivalencias establecidas en este Estatuto y aplicando, cuando fuere el caso el artÃculo anterior.

ArtÃculo 57. Las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, a excepciÃ³n de los administrativos locales, se liquidarÃ¡n y se pagarÃ¡n con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Respecto de la citada normativa, esta CorporaciÃ³n ha indicado que contenÃa una regla general segÃºn la cual, para la liquidaciÃ³n de prestaciones de los funcionarios de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores se acudÃa a una equivalencia con los cargos de la planta interna[8].

Ahora bien, el Estatuto OrgÃ¡nico del Servicio Exterior y de Carrera DiplomÃ¡tica y Consular, fue reemplazado por el Decreto Ley 1181 de 1999[9],

que fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-920 de 1999[10], como consecuencia de la inconstitucionalidad del artÃculo que concediÃ³ las facultades extraordinarias.

Actualmente el Decreto 274 de 2000[11] regula el Servicio Exterior de la RepÃºblica y la Carrera DiplomÃ¡tica, en su artÃculo 66 determinÃ³ que las prestaciones sociales de los funcionarios de la Carrera DiplomÃ¡tica y Consular debÃan liquidarse y pagarse *"con base en la asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual y en los conceptos laborales legalmente reconocidos como factores de salario, que le correspondieren en planta interna"*.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-292 de 2001[12] declarÃ³ inexequibles, entre otros, los artÃculos 65 y 66 del citado decreto, argumentando que el Gobierno excediÃ³ las facultades otorgadas por el Congreso de la RepÃºblica al regular el rÃ©gimen salarial y prestacional de quienes laboran en el servicio exterior.

AsÃ mismo, en la sentencia C-173 de 2004[13], declarÃ³ la exequibilidad del artÃculo 7 de la Ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, que sobre el ingreso base de cotizaciÃ³n para los funcionarios que presten servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, previÃ³:

"ArtÃculo 7Âº.- El artÃculo 20 de la Ley 100 de 1993 quedarÃ¡ asÃ: ArtÃculo. 20.- Monto de las cotizaciones: (...) ParÃ¡grafo 1Âº- Para efectos del cÃ¡lculo del ingreso base de cotizaciÃ³n de los funcionarios que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, se tomarÃ¡ como base la asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual y los factores salariales establecidos en las normas vigentes para los cargos equivalentes de la planta interna.

En todo caso, el ingreso base de liquidaciÃ³n de estos servidores tambiÃ©n serÃ¡ el establecido en las normas vigentes para los cargos equivalentes en la planta interna, teniendo en cuenta los topes de pensiÃ³n que sean aplicables".

Del mismo modo, el artÃculo 57 del Decreto 10 de 1992, fue declarado inexequible en sentencia C-535 de 2005[14], tras considerar que la equivalencia de cargos entre funcionarios de la planta externa con los de planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores constituye una desigualdad injustificada que lesiona el derecho fundamental a la seguridad social de los funcionarios que prestan sus servicios en el exterior.

En cuanto al servicio exterior, el artÃculo 3 del Decreto 274 de 2000[15], lo define como aquella actividad administrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en desarrollo de la polÃtica exterior de Colombia, dentro o fuera del territorio de la RepÃºblica, con el fin de representar los intereses del Estado y de proteger y asistir a sus nacionales en el exterior.

En anteriores pronunciamientos, esta Sala ha precisado que[16] el Servicio Exterior comporta una naturaleza especial pues tiene unas condiciones y connotaciones particulares inherentes a las necesidades propias de las relaciones del Estado con las demÃ¡s Naciones que, ademÃ¡s, por las caracterÃsticas pluriÃ©tnicas y multiculturales, requiere de personal altamente calificado en las materias relativas a la polÃtica exterior de la RepÃºblica.[17] Ello justifica la existencia de un RÃ©gimen Especial de la Carrera DiplomÃ¡tica, que actualmente se encuentra regulado por el mencionado Decreto.

Dentro de las particularidades propias del Servicio Exterior, se encuentra el principio de la alternaciÃ³n, con el cual se pretende que quienes prestan sus servicios en el extranjero no lo hagan de forma indefinida sino que retornen, asÃ sea un tiempo, al paÃs, para que se mantengan en permanente contacto con la realidad de su lugar de origen y puedan representar aÃºn mejor los intereses del Estado.

Sobre el particular, el artÃculo 35 del Decreto 274 de 2000, prevÃ© que "*en desarrollo de los principios rectores de Eficiencia y Especialidad, los funcionarios de la Carrera DiplomÃ¡tica y Consular deberÃ¡n cumplir actividades propias de la misiÃ³n y de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, con lapsos de alternaciÃ³n entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna".*

AsÃ las cosas, en virtud del principio de "alternaciÃ³n", unos miembros de la carrera diplomÃ¡tica deben desempeÃ±arse en el exterior y otros al interior del Ministerio, bajo las condiciones y formas fijadas en sus respectivas Ã©pocas, entre otros, por el Decreto 10 de 1992 y el Decreto 274 de 2000. Para ello aparecen regladas equivalencias entre la planta exterior y la interna[18].

3.2. RÃ©gimen aplicable en materia de liquidaciÃ³n de pensiones y cesantÃas de empleados vinculados a la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Frente al RÃ©gimen Especial de la Carrera DiplomÃ¡tica y la manera en que deben liquidarse las prestaciones sociales del personal que labora en el servicio exterior, planta externa, esta CorporaciÃ³n ha precisado lo siguiente:

"El Decreto 10 de 1992 [Derogado por el Decreto 274 de 2000], que contenÃa el Estatuto OrgÃ¡nico del Servicio Exterior y de la Carrera DiplomÃ¡tica y Consular[19] previÃ³:

"ARTÃCULO 57. Las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, a excepciÃ³n de los administrativos locales, se liquidarÃ¡n y se pagarÃ¡n con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores."[20].

Mediante la Sentencia C-535 del 24 de mayo de 2005, la Corte Constitucional declarÃ³ la inexequibilidad del artÃculo antes transcrito, el cual hacÃa referencia a la liquidaciÃ³n de las prestaciones sociales de los funcionarios de la planta externa con fundamento en los salarios devengados por quienes desempeÃ±aban cargos equivalentes en planta interna. En esa providencia, la Corte resaltÃ³ la inviabilidad de que persistieran esa clase de normas en el ordenamiento jurÃdico, pues las mismas dan lugar a desigualdades que riÃ±en con la Carta PolÃtica.

Como sustento de su decisiÃ³n, esa CorporaciÃ³n explicÃ³ que en el rÃ©gimen legal de la carrera diplomÃ¡tica y consular se ha distinguido entre el ingreso base de cotizaciÃ³n de la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n y, el de las demÃ¡s prestaciones sociales. Es decir que, no obstante que aquella y Ã©stas se han sujetado al salario de cargos equivalentes en planta interna, su regulaciÃ³n se ha hecho en disposiciones diferentes.

PrecisÃ³:

"AsÃ, por ejemplo, en el caso del Decreto 10 de 1992, la liquidaciÃ³n de la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n o invalidez de los funcionarios del servicio exterior, estaba regulada en el artÃculo 56 y la liquidaciÃ³n de las prestaciones sociales de tales funcionarios estaba regulada en el artÃculo 57. Posteriormente, en el caso del Decreto 1181 de 1999, la liquidaciÃ³n de la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n o invalidez de los funcionarios del servicio exterior, estaba regulada en el artÃculo 65 y la liquidaciÃ³n de las prestaciones sociales de tales funcionarios estaba regulada en el artÃculo 66. Finalmente, en el caso del Decreto 274 de 2000, la liquidaciÃ³n de la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n o invalidez de los funcionarios del servicio exterior, estaba regulada en el artÃculo 65 y la liquidaciÃ³n de las prestaciones sociales de tales funcionarios estaba regulada en el artÃculo 66".

ExplicÃ³ que no obstante su regulaciÃ³n en normas legales diversas, los problemas constitucionales planteados por la cotizaciÃ³n y liquidaciÃ³n de la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n y por la liquidaciÃ³n de las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior con base en el salario que corresponde a un cargo equivalente en planta interna y no con fundamento en el salario realmente devengado, son los mismos. Dijo que esto es asÃ en tanto en uno y otro caso se incurre en tratamientos diferenciados injustificados que contrarÃan el mandato de igualdad en la formulaciÃ³n del derecho y que, frente a casos concretos, resultan lesivos de derechos fundamentales como los de seguridad social y mÃnimo vital.

Para la Corte, la previsiÃ³n segÃºn la cual la cotizaciÃ³n y liquidaciÃ³n de la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n y de las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior con base en el salario que corresponde a un cargo equivalente en planta interna, implica un desconocimiento del mandato de igualdad en la formulaciÃ³n del derecho y del principio de primacÃa de la realidad en las relaciones laborales, principios de acuerdo con los cuales la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n y las prestaciones sociales deben cotizarse y liquidarse con base en lo realmente devengado por el funcionario del servicio exterior y no con base en un salario inferior que no le corresponde.

El mÃ¡ximo Tribunal encargado de la guarda de la ConstituciÃ³n, agregÃ³ que:

“Ãsta concepciÃ³n, desde luego, no se opone a que, frente a prestaciones como la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n, la cotizaciÃ³n y liquidaciÃ³n se realice respetando los lÃmites mÃ¡ximos impuestos por la ley pues el respeto de tales lÃmites asegura el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones”.

De otro lado, el Decreto 274 de 2000[21], -que derogÃ³ el Decreto 10 de 1992-, por el cual se regula el Servicio Exterior de la RepÃºblica y la Carrera DiplomÃ¡tica y Consular[22], previÃ³ en el artÃculo 66:

“ARTÃCULO 66.- LiquidaciÃ³n de Prestaciones Sociales. - Las prestaciones sociales de los funcionarios pertenecientes a la Carrera DiplomÃ¡tica y Consular se liquidarÃ¡n y se pagarÃ¡n con base en la asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual y en los conceptos laborales legalmente reconocidos como factores de salario, que le correspondieren en planta interna.”.

La norma antes transcrita tambiÃ©n fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-292 del 16 de marzo de 2001, por cuanto considerÃ³ que la facultad de regular el rÃ©gimen prestacional de los funcionarios de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, no estaba dentro de las potestades otorgadas extraordinariamente por el legislador, expresamente asÃ lo sustentÃ³:

“Desde este punto de vista queda claro que el Gobierno Nacional, como legislador extraordinario, se excediÃ³ en las facultades precisas otorgadas por el Congreso de la RepÃºblica al amparo de lo previsto en el numeral 10 del artÃculo 150 de la ConstituciÃ³n y por ello deviene inconstitucional la expresiÃ³n “salvo las particularidades contempladas en este Decreto” contenida en el artÃculo 63. Esto es asÃ porque al establecer que los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomÃ¡tica y consular deben ser afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social creado por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios y normas modificatorias y que ello procede "con las salvedades introducidas en ese Decreto", se crea una excepciÃ³n y se abre la posibilidad de un rÃ©gimen especial en materia del sistema de seguridad social aplicable a los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomÃ¡tica y consular.

Igual consideraciÃ³n debe hacerse en relaciÃ³n con los parÃ¡grafos 2, 3 y 4 del mismo artÃculo y con los artÃculos 64, 65, 66 y 67 por cuanto todos ellos regulan materias propias del rÃ©gimen prestacional y salarial que, por definiciÃ³n, estÃ¡n excluidas de los Ã¡mbitos que son susceptibles de regulaciÃ³n extraordinaria por parte del Gobierno Nacional con base en leyes de facultades. En efecto, cuando se hacen regulaciones especÃficas relacionadas con el rÃ©gimen de seguridad social de esos funcionarios, cuando se establecen las condiciones en que debe operar la prestaciÃ³n asistencial en el exterior, cuando se determinan bases de cotizaciÃ³n y de liquidaciÃ³n de prestaciones sociales y cuando se determinan promedios para la realizaciÃ³n de pagos a funcionarios, el Gobierno Nacional estÃ¡ ejerciendo una facultad que no le fue concedida y que el Congreso no podÃa delegarle en cuanto se trata de un espacio que estÃ¡ supeditado al despliegue de su propia capacidad legislativa.”.

En ese orden de ideas, esta CorporaciÃ³n, al igual que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha reconocido que la cotizaciÃ³n y liquidaciÃ³n de la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n y la liquidaciÃ³n de las prestaciones sociales (como las cesantÃas) de los funcionarios del servicio exterior, debe efectuarse con base en el salario realmente devengado y de ninguna manera con uno inferior.

EspecÃficamente, sobre las pensiones de los empleados vinculados a la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, la SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n B, en sentencia del 11 de marzo de 2010[23], precisÃ³ lo siguiente:

“SegÃºn lo expuesto en el acÃ¡pite normativo y jurisprudencial, la normatividad que permitÃa la equivalencia de cargos de Planta Externa a Planta Interna para efectos de la liquidaciÃ³n pensional de funcionarios pertenecientes a la primera, es inconstitucional, y lo ha sido asÃ a la luz de la ConstituciÃ³n PolÃtica desde el mismo momento de su expediciÃ³n; razÃ³n por la cual, en virtud de la primacÃa de dicho cuerpo normativo superior no es dable sostener una situaciÃ³n a todas luces ajena a nuestro ordenamiento jurÃdico.”.

(…)

De este modo, en materia de liquidaciÃ³n de pensiones y cesantÃas de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de relaciones exteriores, resulta claro que se debe tener en cuenta el salario efectivamente devengado, el cual -entratÃ¡ndose de quienes se desempeÃ±an en la planta externa- es mayor que el que perciben quienes laboran al servicio de la planta interna[24].

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta CorporaciÃ³n en concepto rendido el 19 de julio de 2006 RadicaciÃ³n nÃºmero: 11001-03-06-000-2006-00053-00(1749), M.P. Flavio Augusto RodrÃguez Arce, expuso:

"(…)

En concepto de la Sala, la advertencia contenida en el fallo T-098 de 2006, en la que de manera explÃcita la Corte extiende los efectos de sus decisiones a casos similares, despeja cualquier duda que pudo haberse generado con las sentencias de constitucionalidad, obligando al Ministerio y al Instituto de Seguros Sociales a reconocer, administrativamente y sin que el afectado tenga que interponer una acciÃ³n de tutela para que se proteja su derecho particular, el derecho que les asiste a los pensionados y ex funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, al reajuste de su pensiÃ³n, so pena de comprometer su responsabilidad".

Por lo anterior se colige que el ingreso base de cotizaciÃ³n y de liquidaciÃ³n para el sistema general de pensiones de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores deben reflejar lo efectivamente devengado, sin acudir a equivalencias con cargos de la planta interna que en la mayorÃa de los casos es inferior al percibido y por ello configura una evidente violaciÃ³n de los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana, mÃnimo vital, entre otros, como quedÃ³ visto[9].

Esta CorporaciÃ³n en reiterada jurisprudencia[25] ha establecido el mismo criterio, consistente en que "*la cotizaciÃ³n y liquidaciÃ³n de la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, con base en el salario de cargos equivalentes en la planta interna, vulnera los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad y, ademÃ¡s, lesiona, en casos concretos, los derechos a la seguridad social y al mÃnimo vital del pensionado o aspirante a pensionado"*[26].

4.- AnÃ¡lisis del caso concreto

Como motivo de censura, la entidad demandada reprocha la sentencia de primera instancia para que se revoque en su totalidad, y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que, segÃºn su criterio, la pensiÃ³n del causante ha de liquidarse con sujeciÃ³n al artÃculo 7 de la Ley 797 de 2003, es decir se debe tomar la asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual establecida en las normas vigentes para los cargos equivalentes en la planta interna.

Por su parte, el demandante sostiene que al ser empleado de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores su pensiÃ³n de jubilaciÃ³n debe liquidarse tomando en cuenta la asignaciÃ³n bÃ¡sica en marcos alemanes, euros y en dÃ³lares conforme a la certificaciÃ³n obrante en el expediente que se convertirÃ¡n al equivalente en pesos colombianos, y no lo recibido por el empleado de la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 12 de mayo de 2016 accediÃ³ a las pretensiones de la demanda y ordenÃ³ que la extinta CAJANAL hoy UGPP, reliquidar la pensiÃ³n del seÃ±or Alejandro Borda Rojas, teniendo en cuenta para establecer el IBL de los periodos comprendidos entre el 23 de octubre de 1999 y el 9 de mayo de 2004 y el 4 de diciembre de 2006 al 12 de noviembre de 2009, la asignaciÃ³n bÃ¡sica que devengÃ³ en marcos alemanes, euros y dÃ³lares.

Para resolver la controversia, la Sala tendrÃ¡ en cuenta el material probatorio documental recaudado dentro del presente proceso, toda vez que su presunciÃ³n de autenticidad no fue objetada por las partes, y le permite tener como acreditados los siguientes supuestos fÃ¡cticos:

4.1. Hechos demostrados

a).- Edad del demandante: el seÃ±or ALEJANDRO BORDA ROJAS naciÃ³ el 6 de octubre de 1951. (folio 15 – cuaderno 2)

b).- VinculaciÃ³n laboral y tiempo de servicios: SegÃºn la certificaciÃ³n expedida por el Coordinador de NÃ³mina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, se constatÃ³ en la historia laboral del seÃ±or Alejandro Borda Rojas que ha prestado sus servicios en ese ministerio desde el 5 de noviembre de 197 hasta el 30 de abril de 2007, periodo en el cual desempeÃ±Ã³, entre otros, los siguientes cargos: (folios 19 a 22 – cuaderno2)

Cargo	Acto de nombramiento	Tiempo
Ministro Plenipotenciario grado Ocupacional 6 en Paris Francia	Decreto 1234 del 8 de julio de 1999	PosesiÃ³n 16 de septiembre de 1999
Primer Secretario ante el Gobierno de Francia	Decreto 0039 del 8 de 2004	PosesiÃ³n 10 de marzo de 2004.
Viceministro de asuntos multilaterales CÃ³digo 2020	Decreto 3620 de 2005	PosesiÃ³n 14 de octubre de 2005
Embajador Extraordinario y Plenipotenciario ante el Gobierno de Corea	Decreto 4194 de 2006	PosesiÃ³n 4 de diciembre de 2006.
Embajador de Colombia ante el gobierno de Filipinas	Decreto 1452 de 2007	A la fecha de expediciÃ³n de la certificaciÃ³n 12 de julio de 2007.

Igualmente se certificÃ³ que el demandante realizÃ³ los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a CAJANAL EICE.

c).- Salarios devengados por el demandante. A folios 35 a 48 del cuaderno 1 y 23 a 30 del cuaderno No. 2 obra la certificaciÃ³n expedida por el coordinador de nÃ³mina y prestaciones sociales del Ministerio de Relaciones Exteriores, de la cual se desprende que el actor laborÃ³ en planta externa el periodo 1999 a 2001 y devengÃ³ una asignaciÃ³n de 9.510 marcos alemanes y una prima de costo de 5.700 marcos alemanes; durante el aÃ±o 2002 devengÃ³ una asignaciÃ³n mensual de 4.870 euros y una prima de costo de 2.920 euros mensuales; durante los aÃ±os 2003 y 2004 una asignaciÃ³n de 4.870 euros y una prima de costo de 2920 euros y durante el periodo 2006 y 2007 devengÃ³ una asignaciÃ³n mensual de 7.180 dÃ³lares.

Igualmente, se desprende de la aludida certificaciÃ³n que dicha entidad cotizÃ³ hasta el 30 de abril de 2004 con base en el salario equivalente en la planta interna y en virtud de la sentencia C-173 de 2004, que declarÃ³ la inexequibilidad del artÃculo 7 de la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de mayo de 2004 empezÃ³ a cotizar al sistema tomando como base el salario devengado en divisas, teniendo en cuenta los topes legales.

d).- Reconocimiento Pensional: Mediante ResoluciÃ³n 47919 del 16 de septiembre de 2008, CAJANAL EICE reconociÃ³ al seÃ±or Alejandro Borda Rojas una pensiÃ³n de jubilaciÃ³n en cuantÃa de $4.814284, a partir del 1 de agosto de 2008. (Folios 2 a 6 cuaderno principal)

A travÃ©s de la ResoluciÃ³n 021836 del 26 de octubre de 2010, modificÃ³ la resoluciÃ³n anterior, al resolver el recurso de reposiciÃ³n interpuesto, y fijÃ³ la cuantÃa pensional en $4.833.226, a partir del 1 de agosto de 2008, condicionada al retiro definitivo del servicio. (folios 13 a 16.)

e) ReliquidaciÃ³n Pensional: Por medio de la ResoluciÃ³n PAP 054393 de 23 de mayo de 2011, se reliquidÃ³ la pensiÃ³n por nuevos factores de salario "*de conformidad con lo expuesto anteriormente y de acuerdo con lo establecido en el sentencia C-173 de 2004, se procederÃ¡ a liquidar la pensiÃ³n de vejez, aplicando el 75% del promedio del equivalente en pesos sobre el salario promedio devengado por el seÃ±or Borda Rojas Alejando en los ÃºltimoS 10 aÃ±os de servicio, esto es, entre el 23 de octubre de 1999 y 12 de noviembre de 2009",* elevando la cuantÃa de la pensiÃ³n en $7.389.310 (folios 19 a 24)

Mediante ResoluciÃ³n UGM 000665 del 8 de julio de 2011, fue confirmada en todas sus partes la resoluciÃ³n anterior, al resolver el recurso de reposiciÃ³n interpuesto por el accionante (folios 26 a 29).

4.2.- AnÃ¡lisis sustancial

De conformidad con el anterior contexto probatorio y jurisprudencial, la Sala observa que la entidad demandada reconociÃ³ una pensiÃ³n de jubilaciÃ³n al seÃ±or Alejandro Borda Rojas, quien prestÃ³ sus servicios al Ministerio de Relaciones Exteriores como Embajador de Colombia (Ãºltimo cargo), y mediante las Resoluciones 47919 del 16 de septiembre de 2008, 021836 del 26 de octubre de 2010 y 054393 del 23 de mayo de 2011 reliquidÃ³ la cuantÃa pensional por nuevos factores salariales, quedando establecida en $7.389.310.

En cuanto al ingreso base de liquidaciÃ³n, la entidad tuvo en cuenta el 75% del promedio del equivalente en pesos del salario cotizado en los Ãºltimos 10 aÃ±os de servicios, en aplicaciÃ³n de lo dispuesto en el inciso 3 del artÃculo 36 de la Ley 100 de 1993.

El demandante solicita la nulidad de los actos de reconocimiento y reliquidaciÃ³n pensional porque considera que la entidad demandada no tuvo en cuenta la asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual realmente percibida en moneda extranjera convertida en pesos, devengada durante los perÃodos en los que prestÃ³ sus servicios al Ministerio de Relaciones Exteriores como Ministro Plenipotenciario en Francia y Embajador de Colombia ante Corea.

Al respecto, se observa que CAJANAL, en el acto de reconocimiento pensional contenido en la ResoluciÃ³n 47919 del 16 de septiembre de 2008[27], efectuÃ³ la liquidaciÃ³n de la mesada pensional en la suma de $4.814.284, con una tasa de reemplazo del 75% del promedio de lo cotizado en los 10 Ãºltimos aÃ±os de servicios.

Y mediante la ResoluciÃ³n 021836 del 26 de octubre de 2010[28], resolviÃ³ el recurso de reposiciÃ³n presentado por el demandante[29], elevando la cuantÃa a la suma de $4'833.226,79, tomando como base el salario equivalente en pesos liquidaciÃ³n.

Posteriormente, a travÃ©s de la ResoluciÃ³n 054393 de 2011, reliquidÃ³ nuevamente la cuantÃa pensional en un monto de $7'389.310,58 por nuevos factores de salario, teniendo en cuenta el 75% del promedio del equivalente en pesos sobre el salario promedio devengado por el demandante en los Ãºltimos 10 aÃ±os de servicios (fs. 19 a 24). La decisiÃ³n anterior fue impugnada y mediante ResoluciÃ³n UGM 000665 de 8 de julio de 2011 se confirmÃ³ en su integridad (fs. 26 a 29).

Ahora bien, de la certificaciÃ³n de fecha 12 de julio de 2007, suscrita por el Coordinador de NÃ³mina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, visible a folios 23 a 30 cuaderno 2, se desprende que *"(...) el Ministerio de Relaciones Exteriores en cumplimiento de la sentencia C-173/04, a partir del 1Âº de mayo de 2004 empezÃ³ a aportar para el Sistema General de Seguridad Social, tomando como base de cotizaciÃ³n el salario devengado en divisas por los funcionarios de planta externa, teniendo en cuenta los topes de ley (...)"*, asÃ las cosas, se encuentra demostrado que con anterioridad a dicha fecha, la administraciÃ³n tuvo en cuenta como base de cotizaciÃ³n *"el sueldo del cargo equivalente en plata interna hasta el 30 de abril de 2004[30]".*

En efecto, de acuerdo con la citada certificaciÃ³n, durante la vinculaciÃ³n del demandante como Embajador de Colombia en el exterior, percibiÃ³ en marcos alemanes su asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual durante los aÃ±os 1999, 2000, 2001, en euros, 2002, 2003, 2004, y en dÃ³lares, 2006, 2007. (folios 24 a 30 cauderno2).

En ese orden, la Sala advierte lo siguiente: (i) el seÃ±or Alejandro Borda Rojas durante su vinculaciÃ³n como ministro plenipotenciario en Francia desde 1999 y como Embajador de Colombia ante el gobierno de Corea, percibiÃ³ su asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual en marcos alemanes, euros y dÃ³lares.

ii) CAJANAL reconociÃ³ a su favor una pensiÃ³n de jubilaciÃ³n, cuyo ingreso base de liquidaciÃ³n se calculÃ³ sobre el 75% del promedio de lo cotizado en los Ãºltimos 10 aÃ±os de servicios, esto es, del 1 de agosto de 1998 al 30 de julio de 2008.

iii) El ingreso base de cotizaciÃ³n para realizar los aportes a pensiÃ³n, se equiparÃ³ con un cargo de planta interna y a partir de mayo de 2004, segÃºn lo expuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores, se empezÃ³ a cotizar con destino al sistema de seguridad social, *"tomando como base de cotizaciÃ³n el salario devengado en divisas, teniendo en cuenta los topes de ley"*.

iv) Lo anterior quiere decir que entre 1999 a 2006, el ingreso base de liquidaciÃ³n de la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n del demandante no se calculÃ³ sobre la asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual que realmente percibiÃ³ en moneda extranjera, marcos alemanes, euros y dÃ³lares.

Bajo los argumentos expuestos y teniendo en cuenta la asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual percibida por el demandante en moneda extranjera, el ingreso base de cotizaciÃ³n, los datos certificados por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y el ingreso base de liquidaciÃ³n que indicÃ³ CAJANAL EICE, para liquidar la prestaciÃ³n pensional del seÃ±or Alejandro Borda Rojas, resulta evidente una diferencia que va en detrimento de sus intereses, en tanto su prestaciÃ³n pensional fue liquidada teniendo en cuenta una asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual inferior a la que realmente percibiÃ³ durante dichos aÃ±os[31].

De tal manera, se advierte que el ingreso base de cotizaciÃ³n reflejado en el ingreso base de liquidaciÃ³n tenido en cuenta antes del mes de mayo de 2004, para efectos de liquidar la prestaciÃ³n pensional del demandante, fue calculado respecto de unas sumas distintas a las que en realidad percibÃa como empleado de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, vulnerando de esta manera sus derechos

fundamentales a la igualdad, la dignidad humana y el mÃnimo vital.

En tal sentido, no tiene razÃ³n la entidad recurrente cuando afirma que solo puede liquidar la mesada pensional del actor, de conformidad con el ingreso base de cotizaciÃ³n sobre el cual el empleador, Ministerio de Relaciones Exteriores realizÃ³ los aportes, pues se debe tener en cuenta que en aplicaciÃ³n de la jurisprudencia reiterada de esta CorporaciÃ³n y de la Corte Constitucional[32], el ingreso base de liquidaciÃ³n pensional de los funcionarios de la planta externa del citado Ministerio que devengan su asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual en moneda extranjera, debe corresponder con lo efectivamente percibido en esa moneda.

Bajo estos supuestos, tal y como lo estimÃ³ el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para liquidar la mesada pensional del demandante, se debe tomar como base la asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual efectivamente percibida en moneda extranjera, con la conversiÃ³n a pesos, durante los Ãºltimos 10 aÃ±os de servicios.

Frente al particular esta, SecciÃ³n ha tenido oportunidad de pronunciarse en el siguiente sentido:

“En consecuencia, no tiene razÃ³n la entidad recurrente cuando afirma que solo puede liquidar la mesada pensional del actor, de conformidad con el ingreso base de cotizaciÃ³n sobre el cual el empleador, Ministerio de Relaciones Exteriores realizÃ³ los aportes, toda vez que en aplicaciÃ³n de la jurisprudencia reiterada de esta CorporaciÃ³n y de la Corte Constitucional[33], el ingreso base de liquidaciÃ³n pensional de los funcionarios de la planta externa del citado Ministerio que devengan su asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual en moneda extranjera, debe corresponder con lo efectivamente percibido en esa moneda[34].

De lo anterior, se infiere que resulta procedente la reliquidaciÃ³n de la mesada pensional del seÃ±or Alejandro Borda Rojas, tomando para ello la asignaciÃ³n bÃ¡sica mensual percibida en moneda extranjera, con la conversiÃ³n a pesos, durante los 10 Ãºltimos aÃ±os de servicios, sin que el monto de la misma sobrepase el tope de los 25 SMLMV.

En ese orden de ideas, la Sala confirmarÃ¡ la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

.- PrescripciÃ³n.

Considerando que el demandante se retirÃ³ del servicio el 13 de noviembre de 2009 y el reajuste de su mesada pensional se produjo mediante la ResoluciÃ³n 54393 de 23 de mayo de 2011[35], y dado que la demanda fue presentada el 2 de diciembre de 2011[36], no hay lugar a decretar la prescripciÃ³n de las diferencias en las mesadas pensionales reclamadas, tal y como lo considerÃ³ el Tribunal.

5.- Condena en costas

Teniendo en cuenta que la parte vencida en el proceso no asumiÃ³ una conducta de mala fe o temeridad, de conformidad con el artÃculo 171 del CÃ³digo Contencioso Administrativo, la Sala de SubsecciÃ³n se abstendrÃ¡ de condenar en costas en el presente asunto.

En mÃ©rito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A, administrando justicia en nombre de la RepÃºblica de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 12 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n “F”, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DEVUÃLVASE el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFÃQUESE Y CÃMPLASE.

Esta providencia se estudiÃ³ y aprobÃ³ en sesiÃ³n de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

WILLIAM HERNÃNDEZ GÃMEZ RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS

NOTAS DE PIE DE PÃGINA:

1. La demanda fue modificada y adicionada mediante memorial allegado el 11 de abril de 2012, visible a folios 335 y 336 y fue admitida la modificaciÃ³n y adiciÃ³n mediante auto de 2 de mayo de 2012 (f. 345).

2. Folios 264 a 327 cuaderno principal

3. Folios 337 a 339

4. Folios 423 a 432

5. Folios 434

6. El artÃculo 151 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el Sistema General de Pensiones en el nivel nacional entrarÃa a regir a partir del 1Âº de abril de 1994 y en el nivel territorial a mÃ¡s tardar el 30 de junio de 1995.

7. Estatuto OrgÃ¡nico del Servicio Exterior y de la Carrera DiplomÃ¡tica y Consular.

8. Consejo de Estado, SecciÃ³n Segunda, SubseccciÃ³n B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 25000-23-25-000-2005-03519-01 y nÃºmero interno 1829-09.

9. Dictado por el ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artÃculo 120 de la Ley 489 de 1998.

10. M.P. Carlos Gaviria DÃaz.

11. Proferido por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artÃculo 1Âº, numeral 6Âº de la Ley 573 de 2000, que de conformidad con lo establecido en su artÃculo 96, derogÃ³ el Decreto 10 de 1992.

12. M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o.

13. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

14. Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 24 de mayo de 2005, Magistrado Ponente: Dr. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o.

15. Este Decreto estÃ¡ vigente desde la fecha de su publicaciÃ³n [22 de febrero de 2000]. En su artÃculo 96, derogÃ³ el Decreto 10 de 1992 “OrgÃ¡nico del Servicio Exterior y de la Carrera DiplomÃ¡tica y Consular”.

16. el legislador extraordinario [en el Decreto 274 de 2000] regulÃ³ y definiÃ³ la Carrera DiplomÃ¡tica y Consular como “la Carrera Especial jerarquizada que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mÃ©rito.”., en este estatuto, ademÃ¡s, se regularon las situaciones administrativas especiales de sus funcionarios, tales como alternaciÃ³n, rÃ©gimen de comisiones, disponibilidad, condiciones laborales especiales y seÃ±alÃ³ que la administraciÃ³n y vigilancia de la carrera diplomÃ¡tica y consular estarÃ¡ a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

17. Ver, entre otras, Consejo de Estado, SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n “B”, sentencia del 25 de Marzo de 2010, Expediente No. 110010325000200500010 00 (0177 - 2005), Actor: Sindicato de Empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores - Semrex, Consejero Ponente: Dr. VÃctor Hernando Alvarado Ardila.

18. Apartes extraÃdos de la sentencia del 3 de mayo de 2018, rad. 1658-16, proferidos por la SecciÃ³n Segunda del Consejo de Estado.

19. Este cuerpo normativo fue dictado por el Presidente de la RepÃºblica en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas mediante el artÃculo 43 de la Ley 11 de 1991; y, de conformidad con lo establecido en su artÃculo 79, derogÃ³ el Decreto 2016 de 1968.

20. Con posterioridad a este cuerpo normativo el Decreto Ley 1181 de 1999, dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artÃculo 120 de la Ley 489 de 1998, regulÃ³ el Estatuto OrgÃ¡nico de Servicio Exterior y de Carrera DiplomÃ¡tica y Consular; sin embargo, esta normatividad fue declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-920 de 1999, en razÃ³n a que la Corte habÃa declarado inconstitucional el artÃculo 120 de la Ley 489 de 1998 y en consecuencia, los Decretos Leyes dictados con fundamento en Ã©l debÃan correr la misma suerte.

21. El Decreto 274 de 2000, de conformidad con lo establecido en el artÃculo 96, derogÃ³ el Decreto 10 de 1992.

22. Este Decreto fue dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artÃculo 1Âº, numeral 6Âº de la Ley 573 de 2000.

23. Expediente No. 250002325000200503120-01 (0613-2008), Actor: Ramiro Zambrano CÃ¡rdenas, Consejero Ponente: Dr. VÃctor Hernando Alvarado Ardila.

24. Apartes extraÃdos de la sentencia del 3 de mayo de 2018, rad. 1658-16, proferidos por la SecciÃ³n Segunda del Consejo de Estado.

[9]Al respecto puede verse la sentencia de 23 de febrero de 2011. Rad. 2128-2009. M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

25. Al respecto se pueden consultar, las siguientes providencias: De la SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A, sentencia del 7 de octubre de 2010, radicado interno 0539-09, CP Dr. Gustavo Eduardo GÃ³mez Aranguren, y sentencia del 1Âº de marzo de 2012, radicado interno 2613-08, CP Dr. Alfonso Vargas RincÃ³n. De la SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n B, sentencia del 11 de marzo de 2010, radicado interno 0543-2009, CP Dr. VÃctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado interno 2128-09, MP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, y sentencia del 3 de marzo de 2011, radicado interno 1491-10, CP Dra. Bertha LucÃa RamÃrez de PÃ¡ez, por mencionar algunas.

26. Consejo de Estado, SecciÃ³n Segunda, SubseccciÃ³n A, M.P. Gustavo Eduardo GÃ³mez Aranguren, proceso con radicado 25000-23-25-000-2011-00709-01 y nÃºmero interno 2060-2013.

27. Folios 6 a 10.

28. Folios 13 a 17

29. En el que solicitÃ³ que al calcular el ingreso base de liquidaciÃ³n de la mesada pensional, se tuviera en cuenta lo realmente percibido en dÃ³lares durante el perÃodo en que se desempeÃ±Ã³ como empleado de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, haciendo la conversiÃ³n a pesos.

30. Folio 24 cuaderno 2

31. A partir del mes de mayo de 2004 la cotizaciÃ³n de los aportes se realizÃ³ en dÃ³lares, convertidos a pesos.

32. Sentencias C-173 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-536 de 2005, M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o.

33. Sentencias C-173 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-536 de 2005, M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o.

34. Sentencia del 11 de abril de 2019, proferida por la SecciÃ³n Segunda del Consejo de Estado. Rad. 2120-2013.

35. Folios 19 a 24.

36. Folio. 327 vto.

Fecha y hora de creación: 2024-06-02 02:21:50