

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A"

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-25-000-01312(2506-2013) Actor: GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ PORRAS

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EN LIQUIDACIÓN APELACIÓN SENTENCIA – AUTORIDADES NACIONALES

ASUNTO

Conoce la Sala, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y a la adhesión formulada por la parte demandante, contra la sentencia de 04 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial el señor Gustavo Adolfo Gómez, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. elevó ante el Juez Colegiado de Primera Instancia las siguientes pretensiones:

Anular parcialmente la Resolución No. 45838 del 27 de septiembre de 2007, expedida por el Fondo de Pensiones demandado, por medio de la cual reconoció una pensión de jubilación al actor; así mismo declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 18271 del 02 de mayo de 2008, por la cual se aclaró el acto administrativo anterior y finalmente, la anulación parcial de la Resolución No. PAP 054547 del 25 de mayo de 2011, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición promovido por el demandante contra el acto administrativo No.45838.

A título de restablecimiento del derecho, que se reliquide y fije la cuantía de la pensión teniendo en cuenta como ingreso base de liquidación las sumas devengadas en Marcos Alemanes y Euros, entre el 09 de agosto de 1997 al 01 de noviembre de 1999 y del 31 de enero de 2003 al 08 de agosto de 2007, cuando ejecutó funciones diplomáticas y

consulares en el exterior, sumas que deberán convertirse a pesos colombianos de acuerdo a la tasa representativa del mercado de la época. Como consecuencia, se liquide y pague el retroactivo de las diferencias a favor del actor, entre la suma reconocida como pensión de jubilación y el nuevo valor, a partir del 08 de agosto de 2007. Así mismo, deducir la diferencia que corresponde asumir al actor por aportes a la seguridad social en pensiones entre el 09 de agosto de 1997 al 01 de noviembre de 1999 y del 31 de enero de 2003 al 08 de agosto de 2007, acorde con la corrección de la autoliquidación que realice el Ministerio de Relaciones Exteriores.

A título de reparación de daño colateral, se fije los intereses corrientes a la tasa máxima certificada por el Banco de la República, y de forma subsiguiente, cumplidos seis meses de la ejecutoria del fallo de instancia, a los intereses moratorios hasta el pago efectivo de la condena.

Por último, pide se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico que sustenta las pretensiones, se tiene que mediante Resolución No. 45838 del 27 de septiembre de 2007, la Caja Nacional de Previsión Social EICE en Liquidación, reconoció y liquidó al señor Gustavo Adolfo Gómez Porras, pensión de vejez con sujeción a los postulados normativos de la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; fijando como mesada la suma de \$4.347.183, acorde con el promedio de los salarios devengados durante de los últimos diez años de servicio, siendo efectiva a partir del 08 de agosto de 2007.

Informa, contra la Resolución No. 45838 del 27 de septiembre de 2007, promovió recurso de reposición, el cual se resolvió mediante Resolución No. PAP 054547 del 25 de mayo de 2011, en la cual se revocó el acto atacado y se fijó la pensión de vejez en valor de \$5.983.733,93, equivalente al 75% del ingreso base de liquidación de los últimos diez años de servicio, comprendidos entre el 09 de agosto de 1997 y el 01 de noviembre de 1999 y del 31 de enero de 2003 al 08 de agosto de 2007.

Expone que acorde con las normas de asignación salarial de los funcionarios de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, su asignación pensional debió ser superior, teniendo en cuenta que entre el 09 de agosto de 1997 y el 01 de noviembre de 1999 y del 31 de enero de 2003 al 08 de agosto de 2007, devengó una asignación salarial en Marcos Alemanes y Euros, lo cual eleva su ingreso base de liquidación; que teniendo en cuenta la decisión adoptada por la Corte Constitucional en sentencia C-173 del 2004, la cual tiene efectos de cosa juzgada, Cajanal en Liquidación, debió calcular el monto de la pensión en factores salariales reales y no fictos.

Finalmente, aduce que la decisión adoptada en los actos administrativos atacados desconocen el precedente jurisprudencial, desbordando los poderes de la administración, en tanto implican el orden constitucional y legal sobre la materia.

Como normas violadas indica los artículos 1º, 2º, 4º, 13, 25, 29, 48, 53, 58, 83, 209 y 243 de la Constitución Política; la sentencia de constitucionalidad C-173 del 02 de marzo de 2004; los artículos 1º, 4º, 10º y 21 de la Ley 100 de 1993; el artículo 46 del Decreto Reglamentario 692 de 1994; los artículos 127 y 142 del Código Sustantivo del Trabajo; y el artículo 2º del Código Contencioso . El concepto de la violación lo desarrolla de folio 258 a 287 del cuaderno principal.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Cajanal en Liquidación por intermedio de apoderado judicial se opuso a la prosperidad de la pretensiones incoadas en el libelo genitor, aceptó como ciertos los hechos primero a tercero de la demanda y descartó como sustentos fácticos los expuestos en los numerales cuarto a séptimo del mismo acápite.

Frente a las normas violadas y el concepto de la violación, precisó que la liquidación de la pensión del demandante se efectuó de acuerdo a lo realmente devengado y siguiendo los lineamientos señalados en el párrafo 1º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que si bien la preceptiva legal fue declarada

inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-173 de 2004, los efectos de la misma sólo lo fueron a partir de su producción, que en observancia del inciso 3º del artículo 5º de la Ley 797 de 2003, el salario base de cotización de los servidores públicos para pensión no podrá superar los 25 smlmv.

Precisa que en el caso del demandante, resulta aplicable el límite señalado en la Ley 797 de 2003 y en el Decreto 510 del mismo año, por tanto la reliquidación efectuada tiene como sustento la certificación expedida por el Coordinador de Nómina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el cual se tuvo como tope el 75% del salario promedio devengado por el demandante durante los últimos diez años de prestación del servicio.

Finalmente frente al tema del reajuste pensional, indicó que la entidad de forma oficiosa actualizó a valor real de la mesada del demandante, acorde con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Como medios exceptivos de fondo propuso la de cobro de lo no debido, caducidad de la acción, prescripción y la genérica.

3. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad parcial de la Resolución No. PAP 054547 del 25 de mayo de 2011, por medio de la cual se reconoció pensión de vejez al demandante, como consecuencia condenó a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal en Liquidación, a reconocer y pagar a favor del señor Gómez Porras el 75% del salario promedio devengado durante los últimos diez años anteriores al retiro definitivo, observando que en algunos de los periodos

percibió el salario en Marcos Alemanes y Euros, siendo del caso hacer la equivalencia de las sumas a pesos colombianos acorde con el valor de la moneda en el periodo causado, fijando el tope máximo de 25 smlmv; igualmente, condenó a la demandada a cancelar la diferencia que resulte de la cantidad liquidada y las sumas canceladas por el mismo concepto, así como la actualización de la condenas en los términos del artículo 178 del C.C.A., descontando las deducciones pendientes de cancelar a cargo del actor por concepto de aporte a pensión. Dispuso cumplir la sentencia en los términos previstos en el artículo 176 y 177 del C.C.A., y finalmente negó las demás pretensiones de la demanda.

Frente a los medios exceptivos dijo el de cobro de lo no debido, no constituía una inhibición para conocer de fondo el asunto, al centrar su sustento en simples afirmaciones; respecto de la excepción de caducidad, precisó no opera el fenómeno por corresponder la pretensión a una prestación de orden periódico, que conforme lo expresa la jurisprudencia del Consejo de Estado no caduca.

Respecto del tema de estudio considera que acorde a la preceptiva legal en materia pensional el actor reúne las calidades para tenerlo como beneficiario del régimen de transición señalado en la Ley 100 de 1993 y normas análogas.

Indica, que las liquidaciones de las pensiones de los empleados de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, deben realizarse con fundamento en el salario efectivamente devengado, acorde con los topes que fije el Gobierno Nacional, para garantizar pensiones de hasta 25 salarios mínimos legales.

Que efectuar aportes a los empleados de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, tomando como base un salario diferente al efectivamente devengado, constituye una vulneración al derecho constitucional a la igualdad, en tanto que existe un trato discriminatorio frente a los demás funcionarios que devengando salarios equivalentes o superiores, sí pueden percibir una pensión hasta el tope fijado en la Ley.

Aún cuando el Decreto Ley 10 de 1992 estuvo vigente hasta el año 2005, y aún cuando el primer análisis de constitucionalidad de la equivalencia para efectos de aportes para pensiones de los funcionarios del servicio exterior, se dio con la sentencia C - 173 de 2003; lo cierto es, que dicha equivalencia contraría la Constitución, por consolidar un trato abiertamente discriminatorio, y por ir en contravía de la universalidad de la seguridad social, principios que deben prevalecer en aplicación del artículo 4°.

Precisa, que en el presente caso, mediante la Resolución N° PAP 054547 del 25 de mayo de 2011, la Caja Nacional de Previsión Social en

Liquidación reconoció al señor Gustavo Adolfo Gómez Porras, pensión de vejez, con fundamento en el salario reportado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, sin tener en cuenta los valores efectivamente devengados como funcionario de la planta

externa de dicha entidad, entre los años 1997 y 2007, lo que de conformidad con el análisis anteriormente efectuado, resulta lesivo de los principios consagrados en la Constitución.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandada apela la decisión adoptada por el a quo, solicita su revocatoria y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda, sustenta la inconformidad en el hecho que la liquidación de la pensión del actor lo fue teniendo en cuenta la jurisprudencia en la que se define el concepto “devengado”, el cual fue ampliamente analizado en sentencia del 07 de junio de 1980 por el Consejo de Estado.

Advierte si bien el párrafo 1º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fue objeto de declaratoria de inexecutable mediante sentencia C-173 de 2004, en lo relativo a la sujetar el ingreso base de liquidación pensional de los funcionarios externos del Ministerio de Relaciones Exteriores a las equivalencias de la planta interna; la misma no dejó sin efectos lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 5 de la Ley 797 de 2003, relativo al tope máximo de la base de cotización al sistema general de pensiones.

Refiere que el Ministerio de Relaciones Exteriores en aplicabilidad de la decisión adoptada en la sentencia C-173 de 2004, a partir del 1º de mayo de ese año, empezó a efectuar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones tomando como base el salario devengado en divisas por los funcionarios de la planta externa, por consiguiente al actor le era aplicable lo dispuesto en la norma ibídem previo al análisis de constitucionalidad, al estar sujeto el recaudo de aportes a lo regulado en el Decreto 1158 de 1994.

El otro punto de inconformidad lo circunscribe a la orden de actualización de las condenas, al considerar que la misma no procede desde el momento del retiro del servicio como lo pretende el actor, sino desde el momento en que reúnen las condiciones para reconocer efectivamente la pensión.

Finalmente solicita se levante la condena al pago de los intereses comerciales y por mora señalados en el artículo 177 del C.C.A., teniendo en cuenta que sólo se causa por el no pago de las mesadas, más no cuando media reconocimiento o solicitud de reliquidación pues así lo refiere el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; precisa que al encontrarse la entidad incurso en proceso liquidatorio no está en la capacidad de respaldar el pago de intereses por cada sentencia condenatoria que se le impone, constituyendo un imposible jurídico cumplir, al consolidarse un hecho irresistible e imprevisible, lo que equivale a fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

4.1. Recurso de apelación por adhesión del demandante

El apoderado del actor, ajusta la apelación al hecho que en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, se limita el monto de los factores devengados en Marcos Alemanes y Euros por el actor al tope de los 25 smlmv, desconociendo de esa forma lo preceptuado en la sentencia C-173 de 2004, respecto del salario base de cotización y el salario base de liquidación para pensión.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y de la parte demandada, se ratificaron en los argumentos expuestos tanto en la demanda como en la contestación de la misma.

Finiquitados los aspectos fácticos y procesales, se procede a decidir el asunto bajo las siguientes:

CONSIDERACIONES

Atendiendo a los puntos de inconformidad expresados por el apoderado de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE en liquidación, se abordará el estudio del caso por ejes temáticos, el primero, relativo al análisis de las normas que en materia pensional son aplicables a los funcionarios de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, en observancia de los pronunciamientos que sobre el tema ha prorumpido la Corporación; y el segundo, sobre la procedencia de condena al pago de intereses por mora señalados en el artículo 177 del C.C.A.

Como hechos relevantes del caso se tiene que el señor Gómez Porras prestó sus servicios para el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 16 de abril de 1980 hasta el 08 de agosto de 2007 (fl. 22), desempeñando como último cargo el de Cónsul General, grado ocupacional 4EX, en el Consulado General de Colombia en Roma, Italia (fl. 25 vto); que en las anualidades comprendidas entre 1994, 1995, 1997, 1998, 1999, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, desempeñó funciones en la planta externa devengando asignación en Marcos Alemanes y Euros, acorde con lo certificado por el Coordinador de Nómina y Prestaciones del Ministerio. (fls. 23 a 27).

Mediante Decreto No. 2879 del 31 de julio de 2007, el Ministro del ramo aceptó la renuncia del actor a partir del 09 de agosto de la misma anualidad (fl. 28 y 29), como consecuencia, la Caja Nacional de Previsión Social en liquidación, expidió la Resolución No. 45838 del 27 de septiembre de 2007, por virtud de la cual reconoció y ordenó el pago de pensión vitalicia de vejez a favor del hoy demandante, por valor de \$4.347.183,03 (fl. 6 a 10); la decisión de la administración fue objeto de aclaración mediante Resolución No. 18271 del 02 de mayo de 2008 (fl. 12 y 13); posteriormente los actos administrativos fueron revocados por virtud de la Resolución No. PAP 054547 del 25 de mayo de 2011, en la que se reliquidó la pensión del demandante en cuantía de \$5.983.733,93. (fl. 15 a 20).

De la normatividad legal aplicable en materia pensional a los empleados de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores

Previa la entrada en vigencia del Sistema General de pensiones dispuesto en la Ley 100 de 1993 "por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se crean otras disposiciones", los empleados de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores estaban regidos por la siguiente normatividad:

El Decreto 0311 de 8 febrero de 1951, "por el cual se aclaran el inciso c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 2º y 3º de la Ley 65 de 1946, en cuanto se refiere a los empleados nacionales que prestan sus servicios en el

Exterior", en su artículo 1º, estableció :

"Las prestaciones sociales de los empleados que hayan servido en el exterior se liquidarán y pagarán en pesos colombianos a razón de un peso por cada dólar recibido."

La Ley 4ª de 23 de abril de 1966, "por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones", en su artículo 10º, dispuso:

"Los Embajadores en el Exterior, para los efectos de la liquidación y pago de las pensiones de jubilación e invalidez, tendrán el carácter de Ministros del Despacho y las pensiones que en la actualidad estén disfrutando quienes fueron jubilados como tales, se les reajustarán conforme a dicha calidad, seis meses después de entrar en vigencia esta Ley."

Mediante el Decreto 2016 de 1968, se fijó el "Estatuto Orgánico del Servicio Diplomático y Consular", determinando respecto de la pensión, lo siguiente:

"Art. 66. Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que reúnan los requisitos legales en cuanto a edad y tiempo de servicio, que hayan alcanzado la categoría de Embajador y que al retirarse del servicio soliciten su pensión de jubilación o invalidez, tendrán derecho a que ésta le sea liquidada y pagada con base en las asignaciones de los Ministros del Despacho, estimadas en la fecha de retiro del funcionario.

...

Art. 75. La liquidación de la pensión de jubilación o de invalidez de los funcionarios de la carrera Diplomática y Consular se hará sobre la base del cargo de mayor categoría que haya desempeñado el funcionario durante su carrera, por un año al menos, conforme a las categorías y equivalencias establecidas en este estatuto y aplicando, cuando fuere el caso, el artículo 66.

Art. 76. Las prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente 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.”.

El artículo 76 de la norma en cita fue modificado por el artículo 1° del Decreto 1253 de 27 de junio de 19751, en el sentido de indicar “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 Ley 41 de 1975, derogó los artículos 1° y 2° del Decreto 1253 del 27 de junio de 1975, disponiendo que las prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior debían 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 artículo 12 del Decreto 2016 de 1968, salvo lo previsto en el artículo 66 del mismo Decreto.”.

Por último, el Decreto 10 de 1992 fijó el Estatuto Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, estableciendo respecto de la liquidación pensional lo siguiente:

“ARTICULO 55. Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que reúnan los requisitos legales en cuanto a edad y tiempo de servicio, que hayan alcanzado la categoría de Embajador y que al retirarse del servicio soliciten su pensión de jubilación o invalidez tendrán derecho a que ésta les sea liquidada y pagada con base en las asignaciones de los Ministros del Despacho, calculada a la fecha de retiro del funcionario.

ARTÍCULO 56. La liquidación de la pensión de jubilación o de invalidez de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, se hará sobre la base del cargo de mayor categoría que haya desempeñado el funcionario durante su carrera, por un año al menos, conforme a las categorías y equivalencias establecidas en este Estatuto y aplicando, cuando fuere el caso el artículo anterior.

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.”.

El Estatuto Orgánico de Servicio Exterior y Carrera Diplomática y Consular, fue reemplazado por el Decreto Ley 1181 de 199, dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 120 de la Ley 489 de 1998; sin embargo, esta normatividad fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional

mediante sentencia C-920 de 1999, como consecuencia de la inconstitucionalidad del artículo que concedió las facultades extraordinarias.

1 Proferido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 24 de 1974.

El Decreto 274 de 20002, por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular³ señaló:

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

Además de las anteriores disposiciones, el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, dispuso:

“ARTÍCULO 7o. El artículo 20 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 20. Monto de las cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

(...)

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

A partir de las normas enunciadas resulta palmario que los funcionarios inscritos dentro de la de Carrera Diplomática y Consular no están sujetos a un régimen especial de pensiones que determine requisitos de edad, tiempo y monto diferentes a los contenidos en las normas de carácter general aplicables a los empleados públicos; teniendo que la única regulación especial obedece a la forma como deben ser liquidadas las prestaciones sociales atendiendo las especiales características de los cargos que son desempeñados en el exterior, equiparados con los de la Planta Interna.

En este sentido, la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, al determinar su campo de aplicación⁴, vincula a todos los servidores del sector público, oficial y semioficial en todos los órdenes, sin excluir⁵ a los funcionarios

de la Carrera Diplomática y Consular, por lo que, se repite, están sometidos a las normas de carácter general.

2 El Decreto 274 de 2000, de conformidad con lo establecido en el artículo 96, derogó el Decreto 10 de 1992.

3 Este Decreto fue dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1º, numeral 6º de la Ley 573 de 2000.

4 Artículo 11, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003

Respecto del ingreso base de cotización, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 que se refirió específicamente a los empleados de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, dispuso:

“Monto de las cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

(...)

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

Los apartes resaltados del párrafo 1º del artículo 7º de la Ley 797 de 2003, en el cual no se hace diferenciación alguna entre Embajadores y demás funcionarios de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, atendiendo la copiosa jurisprudencia de la Corte Constitucional, fueron declarados inexecutable mediante sentencia C-173 de 2004, en razón a que se consideró que la equivalencia allí establecida atentaba contra el derecho a la igualdad de los trabajadores destinatarios de la norma. Así:

“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.”

5 El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, establece los casos en los que no se aplica su contenido sin que entre ellos se encuentren los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular

Lo mismo ocurrió con el artículo 57 del Decreto 10 de 1992, que fue declarado inexecutable en sentencia C-535 de 20056, en razón a que la equivalencia de cargos entre funcionarios de la Planta Externa y los de Planta Interna, constituye una desigualdad injustificada que lesiona el derecho fundamental a la seguridad social de los funcionarios que prestan sus servicios en el exterior, por las siguientes consideraciones:

“No obstante su regulación en normas legales diversas, los problemas constitucionales planteados por la cotización y liquidación de la pensión de jubilación y por la liquidación 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 base en el salario realmente devengado, son los mismos. Esto es así en tanto en uno y otro caso se incurre en tratamientos diferenciados injustificados que contrarían el mandato de igualdad en la formulación del derecho y que, frente a casos concretos, resultan lesivos de derechos fundamentales como los de seguridad social y mínimo vital. Entonces, tratándose de problemas constitucionales similares, la uniforme línea jurisprudencial desarrollada de tiempo atrás por esta Corporación resulta aplicable y por lo mismo se debe declarar la inexecutable de la norma legal demandada.

El Ministerio de Relaciones Exteriores se opone a la declaratoria de inexecutable argumentando que el régimen legal diferenciado que se consagra respecto de la cotización y liquidación de la pensión de jubilación y de las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior se justifica por la necesidad de adecuar los ingresos de tales servidores al costo de vida de los países en los que cumplen sus funciones.

Para la Corte, como se ha visto, ese tratamiento no está justificado pues implica un desconocimiento del mandato de igualdad en la formulación del derecho y del principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales, principios de acuerdo con los cuales la pensión de jubilación 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. Esta concepción, desde luego, no se opone a que, frente a prestaciones como la pensión de jubilación, la cotización y liquidación se realice respetando los límites máximos impuestos por la ley pues el respeto de tales límites asegura el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones.”

La Jurisprudencia en cita enseña que el ingreso base de cotización para el Sistema General de Pensiones de los funcionarios de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores debe corresponder al efectivamente devengado y no acoger equivalencias con cargos de la Planta Interna que en su generalidad son inferiores a los percibidos por los funcionarios de la planta externa, lo que conlleva a una indudable violación de los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana, mínimo vital, entre otros.

6 Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 24 de mayo de 2005, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño

Respecto de la inaplicabilidad de aquellas preceptivas legales contrarias a los postulados constitucionales enunciados, en sentencia del dieciocho de mayo de dos mil once, la Sección Segunda - Subsección "A", con ponencia del suscrito ponente, en tema de idénticas condiciones fácticas y jurídicas, dijo:

"Ahora, si bien es cierto que existieron normas que regularon la liquidación de la pensión de los funcionarios referidos, también lo es que unas fueron derogadas, o fueron declaradas inexequibles por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, o que en todo caso y de encontrarse vigentes deben ser inaplicadas por violar el principio de favorabilidad y los derechos fundamentales superiores protegidos por la Constitución Política.

Sobre este último aspecto habrá que decir que a pesar de que los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional por las cuales se decide la declaratoria de inexequibilidad de una norma, por regla general, son hacia el futuro, en algunas oportunidades es viable, dadas las condiciones de la norma que se retira del ordenamiento jurídico, aplicar durante la vigencia de la misma la excepción de inconstitucionalidad, en aras de no permitir la existencia de situaciones que a todas luces son inconstitucionales por afectar derechos de naturaleza fundamental.

Tal es la situación que se presenta en el sub lite, por cuanto la Corte Constitucional en ninguno de sus fallos moduló los efectos de la declaratoria de inexequibilidad y, en consecuencia, se alega que al haberse efectuado las cotizaciones y liquidaciones pensionales en vigencia de normas en las que se avalaba la equivalencia a cargos de la planta interna ello no puede dar lugar a ilegalidad alguna.

Empero, se observa que la disposición que permite la equivalencia para efectos de liquidación de pensiones de cargos de planta externa a cargos de planta interna dentro del Ministerio fue desde sus inicios, a la luz de la Constitución Política de 1991, violatoria de los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana, mínimo vital, entre otros, de los funcionarios de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, razón por la cual es viable que durante la vigencia de la misma se aplique la excepción de inconstitucionalidad. En este sentido, la Corte Constitucional sostuvo:

“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).”.

Este deber de dar primacía a la Constitución Política (artículo 4º) ha ocupado la atención de la Corporación en otros asuntos, en los siguientes términos

“Finalmente, la Sala encuentra que si bien la declaratoria de inexecutable del Decreto Nro. 1670 de 1997 ocurrida mediante la sentencia C-140 de 15 de abril de 1998 dictada por la Corte

Constitucional con ponencia del DR. CARLOS GAVIRIA DIAZ se dispuso con efectos hacia el futuro, ello no implica que al juez le sea un imposible jurídico pronunciarse sobre la legalidad del acto acusado, dictado con fundamento en el declarado a la postre inexecutable, por cuanto es ostensible que desde su origen el Decreto 1670 de 27 de junio de 1997 nació viciado de ilegalidad y por ende, le es dable al juzgador aplicar respecto de aquél la excepción de inconstitucionalidad por el lapso que transcurrió desde su expedición hasta la sentencia de inexecutable, evitando con ello que una decisión manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico y que causa estragos en los derechos particulares, se ampare en que los efectos de la declaratoria de inexecutable se dispusieron hacia el futuro.”⁷

Con fundamento en lo anterior y considerando el precedente normativo, se concluye que la liquidación de pensiones de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, se encuentra sujeta a la regla general de la Ley 100 de 1993, es decir, esto es, a aquella que dice que la liquidación o cálculo del valor la pensión, se efectúa con base en lo realmente devengado y no frente a equivalencias que a la larga son violatorias de principios constitucionales como el de favorabilidad.

Del caso concreto

Se encuentra probado dentro del plenario, que el actor efectivamente laboró para el Ministerio de Relaciones Exteriores entre el 16 de abril de 1980 y el 08 de agosto de 2007, reuniendo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el requisito de la edad mínima para ser beneficiario del régimen de transición en los términos del artículo 368 al contar con 42 años de edad, teniendo en cuenta que nació el 18 de enero de 1951 (fl. 7y 244), resultando aplicable los presupuestos de la Ley 33 de 1985, para efectos del reconocimiento pensional.

7 *Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, de 24 de mayo de 2007, radicado interno No. 2616-04; C.P. doctor Alejandro Ordóñez Maldonado.*

8 *En su tenor literal expresa la norma: “ARTICULO. 36.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2527 de 2000. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

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

(...)”

Al tenor de la normatividad y jurisprudencia relacionada de forma antecedente, es claro que a efectos de determinar el promedio del ingreso base de liquidación de los últimos diez años de prestación de servicios del actor, la Caja Nacional del Previsión Social E.I.C.E., en liquidación, debió tener en cuenta lo realmente devengado durante los periodos en que se adelantaron funciones de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, efectuando de oficio la conversión de la moneda extranjera a pesos colombianos.

Si bien es cierto, que para el momento en que el actor se desempeñó como Consejero, grado ocupacional 4 EX en la Embajada de Colombia ante la Unión Europea, el Reino de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo y como Cónsul General, Grado Ocupacional 4 EX, en el Consulado de Colombia en Roma, Italia, no se había adelantado el estudio de constitucionalidad al tema de equiparar el ingreso base de liquidación para pensión de los funcionarios de la planta externa, a los de planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, consagrado en el parágrafo 1º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, una vez que la Corte Constitucional limitó los efectos de la norma mediante la sentencia C-173 de 2004, correspondía al Ministerio de Relaciones Exteriores y a Cajanal E.I.C.E. en liquidación actualizar los salarios devengados en moneda foránea por los funcionarios de la planta externa no sólo a partir del 1º de mayo de 2004, sino de forma retroactiva.

La anterior afirmación, tiene sustento en el hecho que la declaratoria de inexecutable lo fue por contravenirse principios como la igualdad y a las garantías mínimas laborales, entre otros, por tanto, una norma que desde su nacimiento se comporta ilegal a luz de la Carta Política, no puede producir efectos de ninguna índole,

menos frente a quienes resultan afectados de forma directa con su contenido. Al efecto en sentencia del 24 de mayo de 2007, se señaló lo siguiente:

“Debe entenderse en el contexto de la concordancia que corresponde entre el servicio tanto en planta externa como interna en razón a la especificidad de los cargos, siendo armónico que quien haya ocupado un empleo en la planta externa pueda ser designado en la interna siempre que el cargo sea equivalente o inmediatamente inferior, pero tal relación de equivalencia no puede establecerse para perjudicar los derechos del servidor de tal manera que la pensión a la que tenga derecho termine liquidándose con un salario base que no corresponde al ingreso realmente percibido en la planta externa y que a la postre no se aviene a la connotación de salario diferido que ostenta la pensión.”

Bajo estos argumentos, es claro que los pedimentos del actor resultan factibles, en el sentido que los salarios que deben tomarse como referente para determinar el ingreso base de liquidación correspondan a los realmente devengados al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores dentro de la Planta Externa, la cual puede alcanzar un tope máximo de 25 smlmv fijados en el artículo 5º de la Ley 797 de 20039, en atención al principio de favorabilidad.

Del pago de intereses moratorios

Argumenta el apoderado de Cajanal E.I.C.E., que al encontrarse la entidad en estado liquidatorio, se constituye en un hecho irresistible e imprevisible asumir el pago de intereses moratorios, al estar sujeto el pago de acreencias a las disposiciones hechas por el agente liquidador, sostiene que acorde con el pronunciamiento efectuado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de febrero de 2009, proceso bajo radicado 2001-00013, el actual estado de la entidad constituye una fuerza mayor y por ende un eximente de responsabilidad contractual y extracontractual.

Verificado el actual estado liquidatorio de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal E.I.C.E., se encuentra que mediante Resolución. 4911 del 11 de junio de 2013, publicada en el Diario Oficial No. 48828 de 2013 se declaró “la terminación del proceso de liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal EICE en Liquidación a partir de las cero horas del día 12 de junio de 2013”, lo que sin lugar a dudas se traduce en la inexistencia jurídica de la entidad demanda, la cual al momento de promoverse la acción que hoy se estudia ya se encontraba incurrida en proceso de liquidación acorde con lo ordenado en el Decreto 2196 del 2009.

9 En lo que al caso interesa expresa en su tenor literal la norma: “Artículo 5º. Reglamentado parcialmente, Decreto Nacional 510 de 2003 El inciso 4 y párrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 quedarán así: Artículo 18. Base de Cotización. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

(...)

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

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

Cabe anotar, que en los casos en que media orden de liquidación o supresión de una entidad estatal, dicha situación a las voces del inciso segundo del artículo 1616 del Código Civil impide la condena al pago de indemnización de perjuicios al configurarse una fuerza mayor o un caso fortuito, al respecto señala la norma:

“ARTICULO 1616. <RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR EN LA CAUSACIÓN DE PERJUICIOS>. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.”

En el caso concreto, el eximente de responsabilidad tiene origen en la decisión adoptada por el Ministerio de la Protección Social, a través del Decreto 2196 del 2009, lo que constituye una circunstancia de fuerza mayor, que no puede desconocer la entidad.

Sobre el tema el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en sentencia del 25 de junio de 1999, con ponencia del Consejero Daniel Manrique Guzmán, frente al tema, preciso¹⁰: “(...) la intervención de la sociedad no puede considerarse configurativa de incumplimiento, ya que en este evento el no pago oportuno de la obligación debida tiene una causa legal derivada del proceso administrativo de liquidación forzosa, circunstancia de fuerza mayor que desvirtúa la situación aparente de mora, por lo que no hay lugar a la sanción moratoria pretendida por la actora. En efecto, según el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, se llama fuerza mayor, el imprevisto a que no es posible resistir, como “los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público” y

se define la mora del deudor, según la doctrina y la jurisprudencia, como “el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquel”.

10 Dicha postura fue retomada por la Sección Segunda, en sentencia del 18 de febrero de 2010, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Molsalve, en la que precisó: “En consecuencia, bien puede concluirse que, el cumplimiento de todas las obligaciones a cargo de la entidad depende directamente de la voluntad del funcionario liquidador designado para el efecto, quien asume la calidad de administrador de los bienes de la institución y, a su vez, está obligado a cumplir su gestión dentro de los límites legales. Así mismo, el pago de las acreencias está condicionado a que se encuentre ejecutoriado el acto que establece los bienes que integran la masa de la liquidación, así como sus activos y pasivos y a que exista la disponibilidad de recursos para poder atender a todos los acreedores reconocidos, teniendo en cuenta que las obligaciones de carácter laboral y pensional tienen prelación legal.”

En vista de lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendría como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.

La Corporación, en varias oportunidades ha sosteniendo que recibir ambas compensaciones constituye un doble pago, máxime cuando se ha declarado la recuperación del valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el relativo a la actualización de los salarios devengados por el actor como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a moneda colombiana como efecto de la inflación, al respecto se ha precisado:

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa.

De otra parte, las cantidades líquidas de dinero reconocidas en las sentencias devengan intereses corrientes y moratorios en las condiciones previstas por el

artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998. Así entonces, ordenar el reconocimiento de los intereses moratorios sería reconocer doble interés por la misma razón”.¹¹

Así las cosas, resulta evidente que la decisión adoptada en la sentencia atacada, disiente del precedente que sobre el tema ha promovido la Corporación, siendo necesario revocar el numeral quinto de la providencia.

11 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sent. del 22 de octubre de 1999. C.P. Alberto Arango Mantilla, Radicado No.949/99.

Precisado lo anterior resta por analizar la apelación adhesiva presentada por el apoderado del demandante, relativa al límite que se impuso a la equivalencia en pesos de los salarios devengados por el actor en Marcos Alemanes y Euros al tope de 25 smlmv, inobservándose los lineamientos de la sentencia C-173 de 2004.

Revisado el numeral segundo de la resolutive de la sentencia de primera instancia, efectivamente se encuentra una limitación salarial a los ingresos del actor en moneda extranjera, como funcionario de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores para efectos de del cálculo del ingreso base de liquidación.

A juicio de la Sala, la forma en que quedó plasmado el numeral segundo de la resolutive obedece más a un error de redacción que a un equívoco de interpretación jurídica, así se desprende del análisis efectuado por el Tribunal frente a la procedibilidad de la reliquidación pensional del actor con ocasión de los factores devengados en moneda extranjera cuando cumplía funciones en la planta de personal externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, determinando que las asignaciones salariales pendientes de cancelar serían actualizadas a valor real acorde con el IPC vigente a la fecha de causación sin limitar el tope salarial; contrario sensu, respecto de la liquidación del ingreso base de liquidación promedio devengado durante los últimos diez años de servicios lo sitúa en el tope de los 25 smlmv, como consecuencia de lo reglado en el artículo 5º de la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la parte motiva de una providencia es inescindible de la parte resolutive, no procede modificar el numeral segundo atacado cuando de forma suficiente la sentencia bajo examen clarifica que el tope del 75% del Ingreso Base de Liquidación, sólo opera para el cálculo del monto de la pensión más no para los factores constitutivos de Ingreso Base de Cotización, sobre los que no opera limitación, salvo las tablas o equivalencias salariales impuestas por cada entidad pública.

Finalmente frente a las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción y genérica e innominada, formuladas con la contestación de la demanda, es del caso señalar que al tenor de lo previsto en el artículo 164 del C.C.A., no se haya mérito para declararlas probadas, atendiendo a que constituyen

meras alegaciones de defensa, que fueron abordadas en el marco considerativo de la providencia.

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

5. FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 4 de febrero de 2013, proferida por el

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”,

EXCEPTO el numeral 5º que se REVOCA en el sentido de no condenar a la demanda al pago de los intereses moratorios fijados en el artículo 177 del C.C.A., de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la presente providencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Fuente: CONSEJO DE ESTADO