

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., primero (1) de septiembre de dos mil catorce (2014).

Radicación No: 250002325000 2009 00128-02 (1163-2013)
Actor: RAFAEL DE JESUS GOMEZ QUIÑONES
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN E.I.C.E. EN
LIQUIDACION HOY UGPP
APELACIÓN SENTENCIA – AUTORIDADES NACIONALES

ASUNTO

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de 9 de agosto de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

I.- ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **RAFAEL DE JESÚS GÓMEZ QUIÑONES**, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de obtener la nulidad parcial de las Resoluciones No. 14918 de 24 de abril de 2007, No. 21707 de 22 de mayo de 2008, expedidas por el Gerente General de la Caja Nacional de Previsión E.I.C.E. mediante las cuales el ente estatal reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez a su favor, se resuelve un recurso de reposición; y la nulidad total de la Resolución No. 21921 del 22 de mayo de 2008 proferida por la misma entidad por medio de la cual se revoca la Resolución No. 14918 de 24 de abril de 2007 y se reconoce una pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993.

A título de restablecimiento del derecho pidió en síntesis, que se ordene a la Caja Nacional de Previsión E.I.C.E. en liquidación, rehacer la liquidación de la pensión mensual vitalicia de vejez del Doctor Rafael de Jesús Gómez Quiñones, fijar la cuantía de la pensión y disponer el pago de dicha prestación a partir del 24 de enero de 2006, cuando hizo efectiva la pensión, teniendo en cuenta para establecer el Ingreso Mensual, el Promedio Actual (IPC) y la proporción por año, de los periodos comprendidos entre el 29 de enero de 1996 y el 31 de enero de 1999 y del 16 de noviembre de 2001 al 30 de enero de 2006, el promedio mensual de las sumas que en esos lapsos aquel realmente devengó en dólares, euros y francos suizos, convertidas esas cantidades a pesos moneda corriente a la tasa representativa del mercado publicada por el Banco de la República y actualizados dichos valores, año por año, de acuerdo con la variación del índice de Precios al Consumidor IPC certificado por el DANE;

Igualmente impetra se ordene a la entidad, liquidar y disponer el pago retroactivo al Doctor RAFAEL DE JESUS GÓMEZ QUIÑONES, de las diferencias entre la suma \$4'345.399.17 que se le fijó de pensión mediante la Resolución No. 14918 del 24 de abril de 2007 de la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. que dispuso reconocer y ordenar el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez, y el nuevo valor de dicha prestación, establecido ese monto a partir de su retiro del servicio, cuando se hizo efectiva la pensión, el 24 de enero de 2006 y hasta el día de su inclusión en la nómina nacional de pensionados con la última cuantía, y se condene a la entidad a reconocer y pagar al actor sobre el producto anterior, intereses corrientes a la tasa que certifique el Banco de la república durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del fallo que acceda a las pretensiones de la demanda, moratorios desde entonces hasta el día en que se cumpla con el pago de la condena y las costas.¹

1. FUNDAMENTOS FÁCTICOS²

Como sustento de las pretensiones propuestas, el demandante expuso en síntesis, los siguientes hechos:

¹ Fls 68 Cuad. Uno

² Ver folios 22 y 23 del cuaderno principal.

Laboró al servicio del Ministerio de Relaciones exteriores, en el escalafón de la carrera Diplomática y Consular, del 11 de mayo de 1973 al 30 de enero de 2006 – 32 años, 8 meses y 19 días.

En desarrollo del principio de alternación consagrado en los artículos 35 a 40 del Decreto Ley 274 de 2000, “Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”, en los últimos diez (10) años de servicios, del 01 de julio de 1995 y el 30 de junio de 2005, el actor se desempeñó durante cuatro años (4), diez (10) meses y veintiséis (26) días en la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, como Ministro Consejero de la Embajada de Colombia ante el gobierno de China del 29 de enero de 1996 al 31 de enero de 1999; embajador extraordinario y Plenipotenciario de Colombia ante el gobierno de Barbados entre el 16 de noviembre de 2001 y el 16 de febrero de 2003; y Ministro Consejero de la Embajada de Colombia en la Santa Sede del 17 de febrero de 2003 al 30 de enero de 2006.

Señala que de acuerdo al régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho al reconocimiento de la pensión vitalicia por vejez, con veinte (20) años de servicio y 55 de edad, de conformidad con la Ley 33 de 1985 pues al entrar a regir la Ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994 reunía los respectivos requisitos y, en consecuencia, alcanzó su status jurídico de pensionado el 9 de enero de 1996.

La Caja Nacional de Previsión Social, por Resolución No. 14918 de 24 de abril de 2007, le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez, bajo el régimen de prima media con prestación definida, conforme al régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo exigido, en consecuencia, en el régimen anterior de la Ley 33 de 1985 en cuanto edad y tiempo de servicio para pensión.

En la Resolución No. 14918 de 24 de abril de 2007, la entidad demandada le estableció un ingreso promedio base de liquidación IBL y le

determinó la cuantía de la pensión de vejez sobre sumas inferiores a los ingresos que efectivamente percibió y no tuvo en cuenta los salarios que él mismo realmente devengó desde el 28 de agosto de 1998 al 24 de julio de 2003 en francos suizos y dólares, cuyas sumas convertidas a pesos moneda corriente a la tasa representativa del mercado vigente para la época certificada por el Banco de la República y actualizados esos valores, año por año según la variación de precios al consumidor IPC certificado por el DANE, como lo dispone en el artículo 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son muy superiores a aquellas en las que la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL se basó.

Contra la Resolución No. 14918 del 24 de abril de 2007 se interpuso recurso de reposición, que fue resuelto mediante Resolución No. 21707 del 22 de mayo de 2008 confirmando la anterior.

De este último acto recibió notificación personal el Dr. Rafael De Jesús Gómez Quiñones, no así del que le precedió.

La entidad demandada con sus dos primeros actos desconoció la sentencia C-173 del 2 de marzo de 2004 que es cosa juzgada y declaró inexecutable la expresión "*Para los cargos equivalente de la planta interna*" del párrafo 1º del artículo 7º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 respecto al monto de las cotizaciones en pensión de vejez."³

2. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Fueron invocadas en el escrito de demanda, como normas violadas los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 13, 25, 29, 48, 53, 58, 83, 209 y 243 de la Constitución Política.

De orden legal los artículos 1º, 4º, 10º, y 21 de la Ley 100 de 1993, art 46 del Decreto Reglamentario 692 de 1994, artículos 17 del Decreto 714 de

³ Fls 48-51 Cuad. Principal

1978, los artículos 127 y 142 del Código Sustantivo del trabajo, modificado por la Ley 50 de 1990 y artículos 2º y 70 del Código Contencioso Administrativo.

Señala que la sentencia C-173 del 2 de marzo de 2004 tuvo por objeto el cálculo del ingreso base de cotización y también se refiere al ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, declaró inexecutable la expresión “Para los cargos equivalente en la planta interna” del párrafo 1º del artículo 7º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 en cuanto al monto de las cotizaciones de la pensión y para los servidores públicos que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, también el artículo 21 sobre el ingreso base de liquidación, que conforme al fallo debe obtenerse tomando como base el salario realmente devengado por el ex-trabajador y nunca un salario inferior.

Sin embargo, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE apartándose de lo dicho en la sentencia C-173 del 2 de marzo de 2004, le liquidó la pensión mensual vitalicia por vejez al actor mediante Resolución No. 14918 del 23 de abril de 2007, confirmada con la Resolución No. 21707 del 22 de mayo de 2008, sobre sumas inferiores a los salarios que realmente devengó del 29 de enero de 1996 al 31 de enero de 1999, y del 16 de noviembre de 2001 al 30 de enero de 2006, cuando prestó sus servicios al Ministerio de Relaciones Exteriores, generándole una pensión menor.

Luego la entidad demandada procedió a la revocatoria directa de su primer acto, por otras razones, cuando el artículo 70 del Código Contencioso Administrativo se lo impedía.

Con base en esta argumentación presenta diez cargos contra los actos acusados cuyo sustento es idéntico⁴.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

⁴ Fls 64 – 87 Cuad. Principal

Notificada La Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE. no dio contestación a la demanda.⁵

4. LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca por sentencia de 9 de agosto de 2012 accedió a las súplicas de la demanda.

Luego de hacer alusión a las normas aplicables al caso en estudio partiendo de aquellas que regulan la revocatoria directa, en particular refiere al argumento del demandante de la improcedencia de la revocatoria directa por haberse agotado la vía gubernativa, alude que esta restricción solo opera cuando dicha revocatoria es solicitada por el particular, trayendo en cita sentencia de constitucionalidad sobre el artículo 70 del Decreto Ley 01 de 1984⁶, por tanto no da vocación de prosperidad a tal argumento.

Refiere a la Ley 797 de 2003, en particular al artículo 19, y con fundamento en providencia de esta Sección, señala que de la prueba allegada al expediente así como de la normatividad y la jurisprudencia de esta Sección encuentra que i) los actos administrativos que sirvieron de fundamento al reconocimiento prestacional del actor, como la certificación de tiempo de servicios, el documento de identificación y el acto de retiro definitivo del servicio no han sido controvertidos judicialmente ni ha sido comprobada su falsedad, y por tanto surten plenos efectos jurídicos; ii) que no se ha probado que el actor haya realizado conductas punibles con el fin de obtener el derecho pensional; iii) la demandada no prueba que previamente a la expedición de la Resolución No. 21921 del 22 de mayo de 2008, se hubiese puesto en conocimiento y vinculado al accionante a la actuación administrativa tendiente a la revocatoria de la Resolución No. 14918 del 24 de abril de 2007, ni que se hubiese cumplido con lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución Política y 74, 28, 34 y 35 del C.C.A. por lo que la garantía del debido proceso se vio seriamente comprometida, ocasionando así la violación de estas normas.

⁵ Fls -110

⁶ C-742 de 1999.

Concluye frente al punto que la decisión de revocatoria directa hecha por la administración que no se enmarcó en los presupuestos señalados en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, desviándose en consecuencia la facultad allí establecida, en atención que para el reconocimiento del derecho pensional del actor no se configuró conducta tipificada como delito por la ley penal, además de la violación del derecho al debido proceso del actor, razón por la que esta pretensión esta llamada a prosperar.

En cuanto a las pretensiones de nulidad parcial de la Resolución No. 14918 de 24 de abril de 2007 por la que se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez y la Resolución No. 21707 de 22 de mayo de 2008, por la cual se resuelve un recurso de reposición, refirió a la evolución normativa que organizó el Servicio Diplomático y Consular, para concluir en el Decreto Ley 274 de 2000, artículo 66, declarado inconstitucional, y con el párrafo 1º del artículo 7º de la Ley 797 de 2003, así como la mención de la sentencia de constitucionalidad C-173 de 2004, y estima que a pesar de ser beneficiario del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se puede solicitar el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia por vejez con el lleno de los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos en la Ley 33 de 1985 cuyas condiciones cumplió y, a que dicha prestación le sea liquidada con el 75% del promedio de los salarios devengados en los últimos diez (10) años de servicios que abarca la liquidación del 24 de enero de 1996 al 23 de enero de 2006.

Observa el *a-quo* que el salario considerado como base para liquidar la pensión de jubilación del accionante difiere del valor certificado por el Coordinador de Nomina de Prestaciones Sociales del Ministerio de Relaciones Exteriores, folios 29 al 36. Frente a esta situación la entidad demandada en la parte considerativa de la Resolución No. 14918 de 2007 “por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación por vejez” manifestó “Que el Ministerio de Relaciones Exteriores, ha cotizado al sistema General de Seguridad Social, tomando como base el sueldo del cargo equivalente en la planta interna hasta el 30 de abril de 2004.”

Igualmente, la Resolución No. 21707 de 22 de mayo de 2008 “Por la cual se resuelve un recurso de reposición” prescribió: Que de conformidad con lo establecido en las anteriores normas, los aportes del Doctor Gomez Quiñones, para el sistema General de pensiones, durante el tiempo que prestó sus servicios en la planta externa, se realizaron tomando como ingreso base de cotización, el sueldo de cargo equivalente en la planta interna hasta el 30 de abril de 2004, consideraciones que obvian lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-173 de 2004, respecto de la discriminación presentada en la liquidación de las pensiones reconocidas a funcionarios de la planta externa, considerando un salario inferior al realmente devengado.

Luego de referir a pronunciamientos tanto de constitucionalidad como de Tutela de la Corte Constitucional, concluye que resulta de suma claridad que la pensión jubilatoria que se consolidó a favor del señor Rafael de Jesús Gómez, debe reflejar la remuneración devengada realmente por él durante el lapso en el que se desempeñó en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, correspondiente al valor devengado y debidamente certificado por el referido Ministerio, por lo que declaró la prosperidad de las pretensiones disponiendo que el Ministerio de Relaciones Exteriores reliquide los aportes que sirvieron de base para la pensión de jubilación reconocida al demandante de acuerdo con la ley teniendo en cuenta el salario sobre el cual se efectuaron los respectivos descuentos en materia pensional, efectivamente devengado en el cargo desempeñado por el accionante en el referido ministerio durante los últimos 10 años de labores, de tal manera que su pensión quede efectivamente reliquidada y reciba como mesada mensual el 75% del salario promedio realmente devengado.⁷

5. LA CONSULTA

Allegado el expediente y con fundamento en el inciso 4° del artículo 184 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación imprimió el trámite pertinente y ordenó el

⁷ Flios 224-245

traslado a las partes para que presentaran alegatos, término empleado por el apoderado del demandante para presentar el escrito respectivo. La entidad accionada igual intervino, en tanto que el Ministerio Público guardo silencio.

La parte actora⁸ refiere en cuanto a la condena que la sentencia del a-quo impuso a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE -, sobre el reconocimiento y pago al actor de la pensión de vejez en el equivalente al 75% del promedio mensual de los salarios reales que el mismo devengó en los últimos diez (10) años de servicio, comprendidos del 24 de enero de 1996 al 24 de enero de 2006, y señaló en relación con los periodos durante los cuales aquel laboró para el Ministerio de Relaciones Exteriores fuera del país y percibió sus salarios en francos suizos, dólares y euros, que convertidas esas sumas a pesos moneda corriente, se les aplicara un “tope” de veinticinco (25) salarios mínimos, que es el límite que tiene la pensión, no lo devengado.

Estima que conforme a la sentencia C-173 de 4 el criterio del salario es realmente insoslayable, pues la pensión debe reflejar la dignidad del cargo desempeñado, y por tanto no es constitucionalmente admisible reducir el salario de un servidor público para el cálculo de su pensión.

Por lo que concluye que limitar los salarios devengados en este caso por el actor, a un tope de veinticinco (25) salarios mínimos contraria lo dicho por la Corte Constitucional en ejercicio de su función jurisdiccional en la sentencia C-173 de 2004 y por vía de revisión de tutelas en la T-1016 de 2000, T-534 de 2001, T-620 de 2002, T-631 de 2002 entre otras que cita, al igual que providencias de esta Sección en idéntico sentido.⁹

Por su parte el apoderado de la entidad demandada señala que desde que se liquidó la pensión al hoy demandante esta fue calculada teniendo en cuenta la jurisprudencia que ha sido clara al establecer el campo

⁸ Ver folios 253-255 del cuaderno principal.

⁹ Folios 253-255 del cuaderno principal.

de aplicación de lo devengado, lo que aplica al caso y que permite despejar cualquier duda sobre la liquidación efectuada.

Con fundamento en el artículo 5º inciso 3º y del párrafo 1º del artículo 7º de la Ley 797 de 2003 y la sentencia C-173 de 2004 de la Corte Constitucional, concluye que el límite de la base de cotización será de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes según lo previsto en la norma, por lo que la base de cotización al sistema General de Pensiones, no debe ser superior a los 20 salarios mínimos legales mensuales desde el 01 de abril de 1994 hasta el 30 de enero de 2003 y a 25 salarios mínimos legales mensuales a partir de febrero de 2003.

Alude a la sentencia C-173/04 en la que se declaró inexequible el aparte del párrafo 1º del artículo 7º de la ley 797 de 2003, que expresamente dice: para los cargos equivalentes de la planta interna.

En cumplimiento de esta sentencia el Ministerio de Relaciones Exteriores a partir del 1º de mayo de 2004 empezó a aportar al Sistema General de Seguridad Social, tomando como base el salario devengado en divisas por los funcionarios de la planta externa, teniendo en cuenta los topes de ley.

Estima que la reliquidación realizada por la entidad es conforme a derecho y más aun cuando se hizo teniendo en cuenta en forma estricta el precedente jurisprudencial establecido en la sentencia C-174/2004.

Señala que a partir del 1º de abril de 1994 el recaudo de los aportes para pensiones se debe efectuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994. Agrega que el artículo 6º del Decreto 691 señala los factores base para calcular las cotizaciones al Sistema General de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo.

Luego deduce de lo expuesto, que las decisiones adoptadas en las Resoluciones recurridas se encuentran ajustadas a derecho, ya que se le

tuvieron en cuenta los factores salariales indicados en las normas señaladas razón por la que estima se deben denegar las pretensiones de la demanda. En cuanto al ajuste de la pensión, finalmente señala ha sido efectuado de oficio por la demandada en aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993.¹⁰

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

II. CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver en primera instancia es la legalidad de la Resolución No. 21921 de 22 de mayo de 2008 por medio de la cual se revoca la Resolución No. 14918 de 24 de abril de 2007 y se reconoce una pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, en cuanto su conformidad con el ordenamiento que regula la revocatoria directa para esta clase de actos que reconocen la pensión.

Y como consecuencia, si las Resoluciones No. 14918 de 24 de abril de 2007, y No. 21707 de 22 de mayo de 2008, expedidas por el Gerente General de la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE mediante la cual el ente estatal reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez a favor del actor, y confirma esta decisión resultan ajustadas a derecho.

1.- Marco normativo y jurisprudencial de la revocatoria directa en materia pensional.

En nuestro ordenamiento contencioso la revocatoria directa está concebida como una prerrogativa de control de la misma administración sobre sus actos que le permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones

¹⁰ Flios 256-258 del cuaderno principal.

lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, o de derechos fundamentales.

Dispone el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo como causales de revocación de los actos, las siguientes: cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley; cuando no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él; cuando con ellos se cause un agravio injustificado a una persona.

Esta facultad está radicada en la misma autoridad administrativa que lo profirió o en su superior jerárquico y opera de oficio o a solicitud de parte. En cuanto a la procedencia y oportunidad de la revocatoria directa, los artículos 70 y 71 del Código Contencioso Administrativo previeron las siguientes pautas:

En primer término, señalan que no podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado recursos de la vía gubernativa. Lo anterior significa que existe incompatibilidad entre la procedencia de la revocatoria con el agotamiento de la vía gubernativa, por cuanto la administración ya tuvo oportunidad de enmendar los posibles yerros de su actuación mediante los recursos.

Y, en segundo lugar, dichas normas prevén que la revocatoria podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, siempre que en este caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda. En todo caso, las solicitudes de revocación directa de los actos administrativos, bien sean de contenido general o particular y concreto deberán resolverse dentro del término de 3 meses siguientes a la fecha de su presentación.

Vale la pena citar, que la Jurisprudencia Constitucional ha señalado que dentro de su potestad de configuración normativa el Legislador puede fijar eventos en los cuales es procedente la revocatoria de actos de

carácter particular y concreto, aún sin visto bueno de la persona potencialmente afectada, siempre y cuando obedezca a fines superiores como la protección del interés público ante una violación evidente del ordenamiento jurídico o una manifiesta ilegalidad, por supuesto dentro de ciertas restricciones adicionales.

En cuanto a la ilicitud al momento de obtener un derecho, la jurisprudencia ha sido categórica en señalar que si *“en el origen de la situación jurídica individual que se reclama, existe un vicio conocido por la administración, no puede permanecer sustentando un derecho, como si se hubiese adquirido al amparo de la ley”*. Ello se explica porque *“el alegado derecho subjetivo, en cuanto tiene por sustento la violación de la ley, no merece protección”*¹¹.

Con todo, en aras de garantizar los derechos de los administrados, la buena fe y la seguridad jurídica, se ha dicho y precisado que no es suficiente cualquier incongruencia o contradicción entre el ordenamiento jurídico y el acto administrativo que se pretende revocar, sino que es necesario que la ilegalidad revista notable relevancia, sea manifiesta o se haya obtenido por medios fraudulentos. En tal sentido por ejemplo ha avalado la figura de la revocatoria directa sin consentimiento del titular, entre otras, en la siguiente hipótesis: - Cuando las prestaciones económicas hayan sido reconocidas irregular o indebidamente porque se incumplieron los requisitos o el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa¹².

En lo que se refiere a los actos administrativos de carácter prestacional, existe norma especial que regula las causales para su

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-336 de 1997.

¹² Artículo 19 de la Ley 797 de 2003: “Revocatoria de pensiones reconocidas irregularmente. Los representantes legales de las instituciones de Seguridad Social o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, deberán verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la suma o prestación fija o periódica a cargo del tesoro público, cuando quiera que exista motivos en razón de los cuales pueda suponer que se reconoció indebidamente una pensión o una prestación económica. En caso de comprobar el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo aun sin el consentimiento del particular y compulsar copias a las autoridades competentes”. Corte Constitucional, Sentencia C-835 de 2003.

revocatoria directa sin el consentimiento expreso del titular de los derechos contenidos en aquellos, son las contenidas en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, norma que prevé a cargo de las instituciones de seguridad social, o a quienes tengan a su cargo el pago de prestaciones económicas, verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos necesarios para consolidar el derecho, así como la legalidad de los documentos que sirvieron para acreditarlos, cuando existan motivos que permitan inferir que el reconocimiento de la prestación económica periódica fue indebido.

En este orden de ideas, con la expedición de la Ley 797 de 2003, los responsables del pago de prestaciones económicas, deben verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos por parte del beneficiario para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la prestación periódica a cargo del tesoro público. En caso de comprobar **el incumplimiento de los requisitos** o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo, **aún sin el consentimiento del particular** y compulsar copias a las autoridades competentes para las investigaciones pertinentes.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-835 de 2003, estableció que tal facultad otorgada a la administración, es perfectamente válida en aras de proteger la objetividad, transparencia, moralidad y eficacia que la función administrativa requiere en orden al correcto reconocimiento y pago de las pensiones u otras prestaciones económicas propias del régimen de seguridad social, no obstante, determinó que tal atribución solamente puede ejercerse una sola vez, en respeto al *non bis in ídem*, y durante su desarrollo **debe atenderse al debido proceso administrativo**, con citación de los interesados en las resultas de la actuación administrativa, para que ejerzan la defensa de sus derechos subjetivos. Finalmente dicha Corporación Judicial estableció que, **cuando el litigio versa sobre problemas de interpretación del derecho, como por ejemplo, el régimen jurídico pasible al caso, la aplicación de un régimen de transición, o de un régimen especial frente a uno general, tales asuntos "deben ser definidos por los jueces competentes de conformidad con el artículo 20**

de la Ley 797 de 2003 y que en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo sin el consentimiento del particular."

Luego si no se dan las hipótesis previstas legalmente, esto es, **el incumplimiento de los requisitos** o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, no resulta jurídicamente válido que el funcionario proceda a la revocatoria directa del acto administrativo, como sucedió en el presente caso y por tanto el acto así expedido infringe las normas en que debía fundarse y debe ser declarado nulo.

2.- De la normatividad legal aplicable en materia pensional a los empleados de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Antes de la entrada en vigencia del Sistema General de pensiones dispuesto en la Ley 100 de 1993, los empleados de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores estaban regidos por la siguiente normatividad:

El Decreto 0311 de 1951, *"por el cual se aclaran el inciso c) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 y los artículos 2 y 3 de la Ley 65 de 1946, en cuanto se refiere a los empleados nacionales que prestan sus servicios en el Exterior"*, en su artículo 1° 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."

Mediante 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, tendrían 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 1975¹³, 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.

¹³ Proferido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 24 de 1974.

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 de Carrera Diplomática y Consular, fue reemplazado por el Decreto Ley 1181 de 1999, 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.

La Ley 573 de 2001¹⁴, otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias, para entre otros asuntos: “6. *Dictar las normas que regulen el servicio exterior de la República, su personal de apoyo, la carrera diplomática y consular, así como establecer todas las características y disposiciones que sean competencia de la ley referentes a su régimen de personal*”, disposición ésta que fue declarada executable por la Corte Constitucional en sentencias C-401 y C-504 de 2001¹⁵. Con fundamento en la habilitación legislativa, el Presidente de la República expidió el Decreto 274 de 2000¹⁶.

El Decreto 274 de 2000 “*Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular*” determina la naturaleza

¹⁴ “mediante la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias en aplicación del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución”.

¹⁵ En la sentencia C-401 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis, se demandó el segmento normativo “así como establecer todas las características y disposiciones que sean competencia de la ley referentes a su régimen de personal” contenido en el numeral 6° del artículo 1 de la Ley 573 de 2000, el cual fue encontrado ajustado al ordenamiento superior. Posteriormente en la sentencia C-504 del mismo año, ante demanda presentada contra la totalidad del numeral 6 en cuestión, la Corte se estuvo a lo resuelto en la sentencia C-401 que declaró executable la expresión aludida, y declaró la constitucionalidad de la otra parte de la disposición demandada.

¹⁶ El Decreto 274 de 2000, de conformidad con lo establecido en el artículo 96, derogó el Decreto 10 de 1992.

de este servicio y establece que el servicio exterior es la actividad administrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de representar los intereses del Estado dentro o fuera de su territorio. Así, no interesa en qué territorio sean prestadas las funciones, la actividad está regida por los mismos principios y normas. De allí que entre los cargos sean establecidas equivalencias, pues estas disposiciones intentan proteger a los funcionarios y evitar que su situación sea desmejorada cuando el lugar donde desempeñan sus funciones cambia. Estas equivalencias pretenden entonces amparar al trabajador y evitar el deterioro de su situación laboral, tanto en términos del cargo que ocupa como en términos salariales. Como se verá más adelante, este principio de protección tendrá importantes consecuencias en la interpretación de todas las normas que hagan alusión a la equivalencia.

Esta es una normatividad basada en especificidades, pues se trata también de una función muy particular. Las particularidades de este servicio y la protección a sus funcionarios se manifiestan de diversas formas, entre ellas las propias de la seguridad social. Así, el artículo 63 del citado decreto garantiza la Seguridad Social de estos funcionarios con ciertos elementos adicionales encaminados a reconocer su especial situación. No habrá lugar entonces a suspender la protección que ofrece el sistema de seguridad social a los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, cuando éstos, por virtud de la alternación, prestaren su servicio fuera del territorio de la República de Colombia.

Ahora, el mismo Decreto 274 de 2000, 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.”.

La normativa hasta aquí relacionada pone en evidencia que los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular no han gozado de 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. La regulación especial está relacionada

única y exclusivamente con la manera como deben ser liquidadas sus 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 aplicación¹⁷, vincula a todos los servidores del sector público, oficial y semioficial en todos los órdenes, sin excluir expresamente¹⁸ a los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, por lo que, se repite, están sometidos a las normas de carácter general.

En relación con el 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:

“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

Respecto de las expresiones normativas subrayadas, resulta pertinente anotar que fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-173 de 2004¹⁹, por cuanto “*la norma establece un trato distinto entre categorías de funcionarios iguales, los servidores*

¹⁷ Artículo 11, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003

¹⁸ 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

¹⁹ Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

públicos, pues permite que la pensión de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores sea calculada de manera distinta a la del resto de servidores públicos. En efecto, mientras que la regla general es que la pensión se calcula con base en el salario efectivamente devengado por el funcionario, en este caso se establece que, para los períodos en que la persona prestó sus servicios en la planta externa, tanto la cotización como el monto de la pensión se calcularán con base en el salario previsto para los cargos equivalentes en la planta interna”.

Para llegar a esa conclusión, la Corte Constitucional precisó que:

i) *“existe una línea jurisprudencial consolidada, en el sentido de sostener que tal liquidación debe hacerse tomando como base el salario realmente devengado por el ex trabajador y nunca un salario inferior, que además es ficticio, pues no corresponde realmente al cargo desempeñado y a las responsabilidades derivadas del mismo”.* Al respecto, citó los casos resueltos en sentencias T-1016 de 2000, T-534 de 2001 y T-083 de 2004; ii) los aplicadores jurídicos deben tener clara *“la inconstitucionalidad de cualquier norma o disposición que ampare una liquidación de aportes con base en un salario equívocamente denominado equivalente, que en realidad resulta ser menor al recibido por el titular del derecho”.* Dicho en otros términos, la sentencia dejó en claro que, en caso de existir en el ordenamiento jurídico normas que autoricen las cotizaciones para pensión con base en un salario distinto al realmente devengado por el trabajador, deberán ser inaplicadas por ser contrarias a los principios de igualdad, dignidad humana y mínimo vital (artículo 4º superior); iii) *“la inexequibilidad de estos apartes corrige además la reiterada violación a la igualdad que se ha venido presentando”*, por lo que se pretendía superar el trato discriminatorio que se había originado en la liquidación de las pensiones de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Así las cosas, en forma clara y categórica la Corte Constitucional determinó que la diferenciación establecida para efectos de la liquidación de las pensiones entre los funcionarios de planta interna y externa del Ministerio de Relaciones Exteriores no es válida constitucionalmente y se erige en una clara forma de discriminación que debe eliminarse de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que tal liquidación debe hacerse con base en el salario

realmente devengado por el aspirante a pensionado y nunca a partir de un salario inferior al recibido por el titular del derecho. De ahí que, si la regla prevista es incumplida por las autoridades encargadas de certificar el monto salarial con base en el cual se aspira a obtener una pensión, o por quienes deben liquidar y reconocer la prestación social, así estos aleguen que su actuación se respalda en una norma legal que así lo dispone, se estará frente a la violación del derecho fundamental a la igualdad.²⁰ Ahora bien de presentarse una situación de estas características, ello comprometería igualmente el respeto de los derechos a la dignidad humana y al mínimo vital, los cuales también son protegibles por vía de la acción de tutela.²¹

De la misma manera el artículo 57 del Decreto 10 de 1992²² que establecía idéntica diferencia de trato cuyo punto de comparación es un trato jurídico diferente por razones potencialmente prohibidas por el artículo 13 de la Constitución, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-535 de 2005, porque: *“... es claro que en cuanto a la cotización y liquidación de aportes para pensión de quienes hicieron parte del cuerpo diplomático en el exterior, existe una línea jurisprudencial consolidada, en el sentido de sostener que tal liquidación debe hacerse tomando como base el salario realmente devengado por el ex trabajador y nunca un salario inferior, que además es ficticio, pues no corresponde realmente al cargo desempeñado y a las responsabilidades derivadas del mismo. Y la razón es que la pensión es un salario diferido²³. De ello se sigue la inconstitucionalidad de cualquier norma o disposición que ampare una liquidación de aportes con base en un salario equívocamente denominado equivalente, que en realidad resulta ser menor al recibido por el titular del derecho.”²⁴*

Y agregó:

²⁰ Sentencia T-532 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²¹ Sentencia T-480 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²² 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.

²³ Ver sentencias T-1016 de 2000, T-181 de 1993 y T-453 de 1993.

²⁴ Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

“Teniendo en cuenta que se trata de un tratamiento claramente discriminatorio es evidente que la forma de cálculo de la pensión de quienes prestaron parte de sus servicios diplomáticos en el extranjero desconoce el derecho a la igualdad en materia pensional tal como está consagrado en la norma parcialmente demandada.

17- Para la Corte, la norma establece un trato distinto entre categorías de funcionarios iguales, los servidores públicos, pues permite que la pensión de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores sea calculada de manera distinta a la del resto de servidores públicos. En efecto, mientras que la regla general es que la pensión se calcula con base en el salario efectivamente devengado por el funcionario, en este caso se establece que, para los períodos en que la persona prestó sus servicios en la planta externa, tanto la cotización como el monto de la pensión se calcularán con base en el salario previsto para los cargos equivalentes en la planta interna.

Es indiscutible entonces que la disposición que establece como forma de cotizar y liquidar los aportes para pensión a partir del salario de un cargo equivalente pero sustancialmente menor al devengado, es contraria a la jurisprudencia sobre la materia y violatoria de los principios y derechos de dignidad, igualdad, mínimo vital y seguridad social. Obviamente la norma crea un factor ficticio que intenta excluir el salario real devengado, o una buena parte de éste, del cálculo del monto de la pensión.”

La Jurisprudencia en cita evidencia 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 atender equivalencias con cargos de la Planta Interna que en la mayoría de los casos es inferior al percibido y por ello configura una evidente violación de los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana, mínimo vital, entre otros.

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.

Así las cosas, y dados los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, por regla general hacia 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.

El constituyente de 1991 declaró que la Carta Política es norma de normas; así lo dispuso en el artículo 4 Superior, y agregó: *"En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales"*.

De tal aserto se desprenden consecuencias significativas para el ordenamiento jurídico colombiano, una de las cuales es la institución de la excepción de inconstitucionalidad, en virtud de la cual se hace patente la escala jerárquica normativa en la que la Constitución Política es la norma fundante que irradia el orden jurídico y de la cual emanan los demás cuerpos normativos que deben sujetarse a ésta de manera sustancial y formal.

Esta Corporación ha reconocido la institución, entre otras, de la siguiente manera : *"La Constitución reafirmó la jerarquización del ordenamiento jurídico, del cual se desprende, como corolario lógico, el principio de que una norma superior señala el contenido, la competencia y el procedimiento para la creación de otras normas jurídicas. Son, en otros términos, los principios de validez y eficacia de la norma"*²⁵.

El principio de la excepción de inconstitucionalidad es un corolario de la manifestación constitucional contenida en el artículo 4º Superior, en el sentido de que la Carta es norma de normas, toda vez que se faculta a todo operador jurídico a sujetarse a los mandatos constitucionales de tal suerte que en eventos en que una norma de jerarquía inferior contradiga, en forma clara y ostensible, un presupuesto Superior, el funcionario pertinente estará

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de primero de abril de 1997, Número de Radicación: S-590, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

en la obligación de inaplicar la norma para el caso en concreto, dando primacía a los principios y garantías constitucionales.

Como se desprende de la jurisprudencia constitucional²⁶, la inaplicación que el funcionario competente haga de una norma por encontrar palmaria su incompatibilidad con la Constitución Política no excluye del ordenamiento jurídico la norma inaplicada, porque ello solo compete al juez constitucional en sede de control abstracto de constitucionalidad del precepto normativo, que se despliega como consecuencia del ejercicio ciudadano de la acción pública de inconstitucionalidad o del control automático y previo en los casos expresamente consagrados en la Constitución.

Luego en casos como el que aquí es objeto de debate, donde los efectos de las sentencias C- 174 de 2004 y C- 535 de 2005 son hacia futuro, no implica que de manera retroactiva no sean susceptibles de ser inaplicadas las normas o apartes normativos que por estas providencias, con efecto de cosa juzgada material, excluyeron del ordenamiento jurídico, máxime si la línea jurisprudencial tanto en la Corte Constitucional como en esta Corporación ha sido uniforme respecto del tema.

Con base en el anterior estudio normativo, es viable sostener que la liquidación de pensiones de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo menos a la luz de la Constitución de 1991 y del principio de favorabilidad, debe sujetarse a la regla general, esto es, a aquella que dice que se efectúa con base en lo realmente devengado.

Bajo las anteriores precisiones, a continuación se analizará el asunto sometido a consideración a esta Sala.

3. El caso concreto.

Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado la Sala encuentra probado los siguientes hechos:

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-69 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

- El Dr. Rafael de Jesús Gomez Quiñones nació el 9 de enero de 1941, según consta en registro civil de nacimiento.²⁷

- El doctor Gomez Quiñones prestó sus servicios al Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 11 de mayo de 1973 hasta el 30 de enero de 2006.²⁸

- Por Decreto 159 de 23 de enero de 2006, proferido por el Presidente de la República, se retira del servicio a Rafael de Jesús Gómez Quiñones funcionario de la carrera diplomática y consular, en el cargo o de Ministro Consejero, Grado Ocupacional 5 EX, en la embajada de la Santa Sede por haber llegado a la edad de retiro forzoso.²⁹

- El 30 de agosto de 2006 radicó solicitud de reconocimiento y liquidación de pensión vitalicia de vejez, en donde aporta la información de identificación, fecha de nacimiento, fecha de estatus 9 de enero de 1996 y el tiempo laborado al Ministerio de Relaciones Exteriores como única entidad para la que laboró a partir del 11 de mayo de 1973 hasta el 30 de enero de 2006, para un total de 32 años, 8 meses y 19 días.³⁰

- Por medio de Resolución No. 14918 de 24 de abril de 2007 proferida por el gerente general de la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció y ordenó el pago en favor del señor Gómez Quiñones Rafael de Jesús, de una pensión mensual vitalicia por vejez, en cuantía de cuatro millones trescientos cuarenta y cinco mil trescientos noventa y nueve pesos con 17/100 MCTE (\$4'345.399.17), efectiva a partir del 24 de enero de 2006.

La liquidación dispuso el referido acto administrativo efectuarla con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, conforme lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y la sentencia 168 de 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional, entre el 24 de enero de 1996 y el 13 de enero de 2006.³¹

²⁷ Flio 8 y 9 Cuaderno Pruebas 001

²⁸ Flios 10- 13 a 20 Cuaderno Pruebas anexo 001

²⁹ Flios 21-22 Cuaderno Pruebas 001

³⁰ Flios 3-20 Cuaderno Pruebas anexo 003

³¹ Flios 115-120 Cuaderno Pruebas anexo 005

- Interpuso recurso de reposición para que se modifique la Resolución 14918 en el sentido de rehacer la liquidación y fijar la cuantía de la pensión mensual vitalicia por vejez del solicitante, “teniendo en cuenta para establecer el ingreso promedio base de liquidación de los periodos comprendidos entre el 29 de enero de 1996 y el 31 de enero de 1999 y del 16 de noviembre de 2001 al 30 de enero de 2006, en lugar de las partidas en que la caja se basó.

Alude el referido recurso que el objeto del mismo es que es la oportunidad para que la Caja Nacional de Previsión Social EICE ajuste su liquidación y la cuantía de la pensión vitalicia por vejez del Doctor Rafael de Jesús Gómez Quiñones al orden justo y a la cosa juzgada constitucional en los términos de la sentencia C-173 del 2 de marzo de 2004, según la cual “(...) 1. *“Los aportes para pensión y la liquidación de la misma en el caso de funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores que presten sus servicios en la planta externa deben hacerse conforme al salario realmente devengado.”*³²

- Por Resolución No 21707 de 22 de mayo de 2008, proferida por el Gerente General de la Caja de Previsión Social, mediante la cual resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución No 14918 del 24 de abril de 2007.³³

- Por Resolución No. 21921 de 22 de mayo de 2008, proferida por el mismo funcionario de la entidad, resolvió revocar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 14918 del 24 de abril de 2007, por considerar que el peticionario cumple con todos los requisitos para reconocerle una pensión de vejez de conformidad con los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, *“se hace necesario revocar la Resolución No. 14918 del 24 de abril de 2007, la que reconoció una pensión por vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por encontrarse en régimen de transición.”*

3.1. El cargo.

El motivo de inconformidad frente a las decisiones reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia por vejez y de revocación y

³² Flios 125-178 Cuaderno Pruebas anexo 005

³³ Flios 224-227 Cuaderno Pruebas anexo 005

reconocimiento y pago de una pensión por vejez radica en que la Resoluciones No. 14918 de 24 de abril de 2007 y 21707 de 22 de mayo de 2008 proferidas por la Caja Nacional de Previsión Social, desconocen la cosa juzgada constitucional constituida por la sentencia de constitucionalidad C-173 del 2 de marzo de 2004, según la cual está definido con criterio *erga omnes*, que la pensión de vejez de los servidores públicos que prestaron sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, debe establecerse sobre los salarios realmente devengados y tener en cuenta, por lo tanto, los ingresos salariales efectivamente percibidos por estos cuando prestaron sus servicios a este Ministerio.

Señala además que la liquidación de la pensión mensual vitalicia por vejez del Doctor Rafael de Jesús Gómez Quiñones practicada por la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. mediante los actos acusados, desconoce la voluntad Superior del Constituyente, expresada por la Corte Constitucional en la sentencia C-173 de 2004, quien dejó definido en dicho fallo, que en estos casos la liquidación de la pensión debe practicarse teniendo en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación, lo que realmente devengó, y jamás una pensión inferior, lo que constituiría esto último una práctica discriminatoria al no liquidarle con base en los salarios que realmente percibió cuando se desempeñó al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores en el exterior del 29 de enero de 1996 al 31 de enero 1999 y del 16 de noviembre de 2001 al 30 de enero de 2006, lo que redujo su ingreso promedio base de liquidación en un 30.65%, y por consiguiente el monto de su pensión.

Con base en esta argumentación presenta el cargo de violación de norma superior con diez planteamientos cuyo eje temático lo constituye el motivo recién expuesto.

Pues bien, el demandante en el presente asunto superaba los 50 años de edad al entrar a regir el nuevo ordenamiento en abril 1º de 1994, porque nació el el 9 de enero de 1941 (f. 8-9 pruebas) lo que lo subsume

dentro del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, la normatividad aplicable era la contenida en la Ley 33 de 1985.

Para efectos de la determinación del ingreso base de liquidación, tal como se vislumbró en el marco normativo y jurisprudencial anterior, Cajanal debe tener en cuenta lo realmente devengado en ejercicio de los cargos desempeñados en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, conforme a la conversión efectuada por la misma cartera de la moneda extranjera a pesos Colombianos.

Lo anterior tiene como fundamento el que la pensión de jubilación es un reflejo de la vida laboral activa, una extensión del derecho al trabajo que pretende precisamente cubrir las necesidades del pensionado en las mismas condiciones de dignidad que consiguió en actividad.

Por este aspecto, en consecuencia, es viable acceder a lo reclamado por el actor, en el sentido de que los salarios que le sirvan de base para determinar el ingreso base de liquidación sean los realmente devengados al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, dentro de la Planta Externa, teniendo en cuenta, además, los factores que lo componen para efectos pensionales.

3.2.- El tope máximo de la pensión.

Por último la Sala aclara la sentencia objeto de consulta, en el sentido de precisar el tope máximo en que debe ser reconocida.

En efecto, de conformidad con lo establecido anteriormente, el régimen pensional que beneficia a los funcionarios de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores no es especial, razón por la cual, debe someterse a los lineamientos establecidos para la generalidad de las pensiones reconocidas en el sector público.

En tal sentido, desde la Ley 4ª de 1976, artículo 2º, pasando por la Ley 71 de 1988, artículo 2º, hasta la Ley 100 de 1993, artículo 18 modificado por el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, las pensiones en el sector público han estado sujetas a un tope, los cuales permiten la viabilidad financiera del sistema.

Por tal motivo, atendiendo a dichos parámetros es oportuno que en el presente asunto se de aplicación a dicha limitante, tal como se deduce del párrafo 1º, artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, que consagró:

“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.

En este sentido, también cabe observar que en los diferentes pronunciamientos efectuados por la Corte Constitucional sobre el tema, se ha referido a este tópico en los siguientes términos:

“Esta concepción (que las prestaciones de los funcionarios de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores se efectúe con base en lo devengado realmente), 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.”³⁴ Agregado fuera de texto.

Así entonces, corresponde a la Sala definir cuál es el tope que debe aplicarse a la pensión del actor en el presente asunto, teniendo en cuenta que el régimen pensional es el contenido en la Ley 33 de 1985, adquirió el derecho en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero en la actualidad

³⁴ Sentencia C-535 de 2005.

dicho tema fue modificado por la Ley 797 de 2003, en virtud de la cual dicha limitante es de 25 SMLMV.

Al respecto, y en atención al principio de favorabilidad ha de sostenerse que teniendo en cuenta que para el momento en que se ordenó pagar la prestación por retiro definitivo del servicio, esto es del 23 de enero de 2006, se encontraba vigente la Ley 797 de 2003, es viable ordenar que el tope que se le aplique sea de 25 SMLMV.

En consecuencia, tuvo razón el Tribunal en su decisión, lo que impone la confirmación de la sentencia de primera instancia que se consulta con la aclaración que recién se hace respecto del tope.

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia consultada de 9 de agosto de 2012 que accedió a las súplicas de la demanda, proferida el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: Reconócese a la Dra. ANA CAROLINA GUEVARA JIMENEZ como apoderada sustituta del Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, en los mismos términos y para los efectos del memorial de sustitución que se allega

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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