



JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C. veinticuatro (24) de febrero dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 110013342-052-2016-00763-00
Convocante: JESÚS ARTURO GALVEZ VALEGA
Convocada: NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES
EXTERIORES
Asunto: Conciliación extrajudicial – Aprueba conciliación
extrajudicial

Encontrándose la actuación del epígrafe pendiente de proveer, el Despacho se pronunciará sobre la aprobación o improbación del acuerdo de conciliación extrajudicial surtido ante la Procuraduría 5 Judicial II para Asuntos Administrativos el día 2 de diciembre de 2016, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL.

A folios 1 a 24 obra solicitud de conciliación extrajudicial radicada por el apoderado del señor Jesús Arturo Gálvez Valega ante la Procuraduría Judicial Administrativa de Bogotá D.C. - Reparto, con el fin de citar a la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, en la cual formuló las siguientes pretensiones:

"1. Que se reconozca, liquide y pague a mi poderdante todas las prestaciones sociales y en general, todos los emolumentos laborales a que tiene derecho TOMANDO COMO BASE EL SALARIO REALMENTE DEVENGADO EN PLANTA EXTERNA, de acuerdo con las sentencias de inexequibilidad de la Honorable Corte Constitucional y de nulidad y restablecimiento del derecho del Honorable Consejo de Estado, más adelante mencionadas. Es decir, se debe tener en cuenta el SALARIO REALMENTE DEVENGADO y no el equivalente en planta interna, durante todo el tiempo de su vinculación con el Ministerio de Relaciones Exteriores y en aportes a pensión.

2. Que se reconozca, liquide y pague a mi poderdante, las cesantías, los intereses de cesantía, el 2% de interés moratorio mensual de acuerdo al art. 14 del Decreto 162 de 1969, el 24 % de la sanción por mora, al no ser canceladas en tiempo y a que tiene derecho, tomando como base el salario realmente devengado en planta externa de acuerdo con los diversos pronunciamientos de inexequibilidad dados por la Honorable Corte Constitucional y las de nulidad y restablecimiento del Honorable Consejo de Estado, las sentencias mencionadas en el acápite de hechos.

3. Que se reconozca, liquide y pague a mi poderdante, los aporte a pensión con base en los topes máximos autorizados por la Ley y de acuerdo con el salario realmente devengado.

4. Como consecuencia de lo anterior, mi mandante tiene derecho a recibir el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, de acuerdo con la Ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, de un día de salario por cada día de mora toda vez que el Ministerio no le canceló de manera correcta ni oportuna todas las sumas adeudadas.

5. Que las sumas correspondientes sean actualizadas en su valor, hasta el momento del pago efectivo.

6. Que en caso de no conciliarse las pretensiones, se declare agotado el requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

7. En caso de conciliar se ordene dar cumplimiento al acuerdo conciliatorio."

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

El señor Jesús Arturo Gálvez Valega fue empleado de la entidad convocada entre el 1° de junio de 1995 hasta el 31 de mayo de 1997, en el cual devengó un salario de \$6'064.016 pesos, esto es, en su momento un equivalente a \$5.630 dolares, ocupando el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores grado Ocupacional 4EX, en la embajada de Colombia ante el Gobierno de la Federación de Rusia.

Durante el tiempo en el cual prestó sus servicios al Ministerio de Relaciones Exteriores, se le liquidó las prestaciones sociales por dicha entidad con base un cargo equivalente al de planta interna y no al realmente percibido en el servicio.

Por ello, el accionante en ejercicio del derecho de petición elevó escrito ante el sujeto pasivo el 25 de agosto de 2016, en el cual solicitó el reconocimiento, reliquidación y pago de las prestaciones sociales dejadas de cancelar teniendo como base de liquidación el salario realmente devengado como funcionario de la planta externa junto con las sanciones a que hubiere lugar.

El Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante Oficio No. SDITH-16-084716 del 15 de septiembre de 2016, negó la anterior petición bajo el fundamento que las prestaciones sociales del convocante habían sido correctamente pagadas teniendo en cuenta el cargo equivalente en la planta de personal.

3. TRÁMITE PRE- JUDICIAL.

El 29 de septiembre de 2016, el convocante elevó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 5 Judicial II para los Asuntos Administrativos, quien luego de admitir dicha solicitud, fijo como fecha y hora para la realización de la audiencia de conciliación el día 22 de noviembre de 2016, diligencia que fue aplazada para que se llevara a cabo el 2 de diciembre del mismo año.

4. ACUERDO CONCILIATORIO.

En el acta de conciliación suscrita el 2 de diciembre de 2016, se indicó lo que sigue (fls.57-58):

"(...) Acto seguido se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte convocada Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, con el fin de que se sirva indicar la decisión tomada por el comité de conciliación de la entidad quien manifiesta: "Que el Comité de Conciliación del Ministerio de Relaciones Exteriores y su Fondo Rotatorio, en sesión celebrada el día 21 de noviembre de 2016, previo estudio de la viabilidad de conciliar dentro de la solicitud de conciliación presentada por el señor JESÚS ARTURO GÁLVEZ VALEGA, identificado con cédula de ciudadanía número 8.686.912, que cursa en la Procuraduría 5 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá, decidió no proponer fórmula conciliatoria respecto de la reliquidación del auxilio de cesantías del convocante por el tiempo laborado en planta externa, por cuanto ha operado el fenómeno de la prescripción del derecho. El Comité de Conciliación decidió no proponer fórmula conciliatoria respecto de la reliquidación de las demás prestaciones sociales del reclamante por el tiempo laborado en planta externa, habida cuenta que de conformidad con el artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978, los funcionarios de planta externa no son destinatarios de tales beneficios. El Comité de Conciliación decidió proponer fórmula conciliatoria respecto de la reliquidación de los aportes a pensión por el tiempo laborado en planta externa comprendido entre el 1 de junio de 1995 hasta el 31 de mayo de 1997, para lo cual es necesario aportar en la audiencia el estudio de reliquidación realizado por la Dirección de Talento Humano de la Entidad, el cual arroja un valor de \$ 16.228.583, documento que constituye el fundamento para la presentación de la propuesta conciliatoria en la precitada solicitud. Dicho pago se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la presentación por parte de la convocante, de la solicitud de pago, previo el aporte de la totalidad de los documentos exigidos para el efecto, entre ellos la copia autentica del auto que aprueba la conciliación extrajudicial. Anexo certificación en un (01) folio"

Por su parte, el apoderado de la parte convocada manifestó que acepta la conciliación de forma parcial en cuanto a la pensión del periodo de 1° de junio de 1995 al 31 de mayo de 1997, de esta manera dejando claro que las demás pretensiones se harán exigibles a través de la jurisdicción contenciosa

administrativa; a su vez, el Ministerio Público impartió viabilidad al acuerdo al que llegaron las partes, aduciendo lo que pasa a leerse:

"(...) La procuradora judicial, considera que la conciliación es parcial respecto a la reliquidación de los aportes para pensión por el tiempo laborado en planta externa comprendido entre abril de 1 de junio de 1995 al 31 de mayo de 1997 (...) acuerdo conciliatorio que se evidencia ajustado al ordenamiento jurídico, debidamente soportado en las pruebas aportadas, y no lesivo al patrimonio público".

II. CONSIDERACIONES

A partir de la Ley 23 de 1991 se permitió en nuestro país que las entidades públicas pudieran acudir a la conciliación prejudicial o judicial, sujeta a la previa homologación del Juez Administrativo, como una forma de solución alternativa de conflictos.

De conformidad con el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, podrán conciliar, total o parcialmente, prejudicial o judicialmente, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 137 y siguientes del CPACA.

Por su parte, el artículo 12 del Decreto 1716 de 2009, por medio del cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001, respecto a la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo y el cual se encuentra vigente consagra:

"Artículo 12. Aprobación judicial. El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación".

Ahora bien, como antes se señaló, en materia contenciosa administrativa la ley autoriza el uso de este mecanismo, siempre que se acrediten unas exigencias especiales que deben ser valoradas por el Juez.

Al respecto el H. Consejo de Estado, de manera reiterada ha manifestado que el acuerdo conciliatorio se someterá a los siguientes supuestos de aprobación¹:

- a. La debida representación de las personas que concilian.
- b. La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- c. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- d. Que no haya operado la caducidad de la acción.
- e. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- f. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (artículos 73 y 81 de la Ley 446 de 1998).

En cuanto a la trascendencia de la conciliación extrajudicial, el máximo Tribunal Contencioso Administrativo, en auto calendarado 30 de marzo de 2000, anotó:

*"A título de reflexión final, vale la pena advertir que la conciliación contencioso administrativa constituye, sin duda, un mecanismo valioso en la solución de los conflictos en los cuales se ve envuelto el Estado, no solo porque borra las huellas negativas del conflicto sino porque contribuye eficazmente a la descongestión de los despachos judiciales. Tal circunstancia, sin embargo, no debe hacer perder de vista el hecho de que, a través suyo, se comprometen recursos del erario público cuya disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios sino que requiere del cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley"*².

CASO CONCRETO.

Bajo los parámetros anotados, corresponde al Despacho determinar si la conciliación sometida a estudio, efectivamente cumplió o no, con los requisitos exigidos para ser aprobada, razón por la cual, habrá de analizarse tales presupuestos frente al asunto conciliado, esto es, en lo alusivo a la reliquidación de los aportes a pensión por el tiempo laborado por el convocante en planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores comprendido entre el 1 de junio de 1995 al 31 de mayo de 1997.

¹ Ver, entre otras, las providencias radicadas bajo los números: 21.677, 22.557, 23.527, 23.534 24.420 de 2003 y 28106 de 2.007
² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto 30 de marzo 2000, radicación: 16.116.

La documentación allegada dentro del trámite conciliatorio, que reposa en el plenario y que es relevante para la decisión a adoptar corresponde a lo que sigue:

1. Escrito presentado por el señor Jesús Arturo Gálvez Valega en ejercicio del derecho fundamental de petición ante la entidad convocada el 25 de agosto de 2016, en el cual solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de todas las prestaciones sociales y en general, todos los emolumentos laborales tomando como base el salario realmente devengado en planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores (Fl.26).
2. Oficio No. S-DITH-16-084716 del 15 septiembre de 2016, por medio del cual la entidad convocada dio respuesta negativa a la petición anterior bajo el fundamento que las prestaciones sociales del señor Esteban Salazar Ochoa fueron correctamente liquidadas y canceladas conforme al ordenamiento jurídico (Fls.27-29).
3. Certificación expedida por la entidad convocada en la cual se observa los emolumentos laborales devengados y cancelados al señor Jesús Arturo Gálvez Valega para el periodo comprendido entre el 1° de junio de 1995 y el 31 de mayo de 1997. (Fls.30-34)
4. Certificación expedida por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación del Ministerio de Relaciones Exteriores y su fondo rotatorio, donde señala que es viable la conciliación respecto a la reliquidación de los aportes a pensión por el tiempo laborado por el convocante en planta externa, comprendido entre el 1° de julio de 1995 hasta el 31 de mayo de 1997 (Fl.59).
5. Liquidación de la obligación realizada por la Directora de Talento Humano de la entidad convocada (Fl.60).

Ahora bien, en cuanto a los presupuestos exigidos, en el caso sub examine considera el Despacho:

1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad.

Respecto de este requisito, el Despacho encuentra que de fracasar la conciliación se hubiera impetrado la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 138 CPACA.

En este sentido se debe señalar que en el literal c) del artículo 164 del CPACA, se estableció que la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo, cuando la misma se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas; situación que se presenta en el sub júdice, observándose por tanto que no ha operado el fenómeno de la caducidad lo que posibilita el estudio de los demás presupuestos.

2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 59 ley 23 de 1991 y 70 ley 446 de 1998).

De conformidad con lo establecido por la Ley 23 de 1991 (artículos 59 y 65), el Decreto 2651 de 1991, los Decretos Reglamentarios 171 de 1991 y 173 de 1993, respectivamente y la Ley 446 de 1998 (artículo 65), es objeto de conciliación, en materia administrativa, todo conflicto de carácter particular y contenido patrimonial, que sea susceptible de transacción, figura que se regula por el Código Civil, básicamente por los artículos 2469 a 2487 de dicho estatuto, los cuales indican que son susceptibles de transacción, todas las cosas que pueden ser negociadas por su contenido y naturaleza, siempre y cuando no se violen disposiciones legales especiales previamente establecidas, tal como lo disponen los artículos 1502, 1523 y 1524 ibidem, pues de lo contrario se caería en el campo de la ilicitud.

En el caso bajo estudio, se trata de una solicitud de reliquidación de los aportes pensionales realizados por la entidad convocada a favor del señor Jesús Arturo Gálvez Valega en ocasión a la prestación de servicios en la planta externa durante el periodo comprendido entre el 1° de junio de 1995 hasta el 31 de mayo de 1997, lo cual constituye una obligación de carácter particular y de contenido económico cuyo reconocimiento a través de un proceso judicial, es de competencia de esta jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 CPACA), con lo cual se evidencia que se cumple con el requisito referido.

3. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.

La convocada compareció al proceso a través de apoderada, quien se encuentra facultada expresamente para conciliar y adicionalmente allegó el acta del Comité de

Conciliación y Defensa Judicial y certificación expedida por la Secretaria del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores, en la cual se propone la fórmula de acuerdo que dicha mandataria presentó ante la representante del Ministerio Público respectiva (Fls.58-61).

La parte convocante compareció ante la Procuraduría 5 Judicial. II a través de mandatario, en virtud del poder conferido con expresa facultad para conciliar (fl.31).

4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (art. 65 A ley 23 de 1991 y art. 73 ley 446 de 1998).

Al abordar este aspecto, tenemos lo que sigue:

El artículo 57 del Decreto 10 de 1992, estableció que las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, debían ser liquidadas conforme a las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interior del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Luego, el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República a través del artículo 120 numeral 5º de la Ley 489 de 1998, expidió el Decreto – Ley 1181 1999, mediante el cual reglamentó el régimen salarial y prestacional de los miembros del servicio exterior y la carrera diplomática, derogando de esta manera, el Decreto 10 de 1992.

La Corte Constitucional en sentencia C-920 de 1999, declaró inexecutable el Decreto 10 de 1992, bajo el entendido que dicha corporación al haber declarado inexecutable el artículo 120 numeral 5º de la Ley 489 de 1998, norma que otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para la expedición del Decreto – ley en mención, se entiende, que este mismo debía correr igual suerte, en virtud de la constitucionalidad por “ consecuencia” y del principio general del derecho que afirma que lo accesorio sigue el mismo destino de lo principal.

Así lo expresó el Máximo Tribunal Constitucional, en la sentencia referida bajo el siguiente tenor:

“El Decreto 1181 de 1999 “Por el cual se regula el servicio exterior de la República y la carrera diplomática y consular”, fue expedido por el

Presidente de la República, con fundamento en las facultades extraordinarias que le confirió el Congreso en el numeral 5 del artículo 120 de la ley 489 de 1998.

Esta corporación en sentencia C-702 del 20 de septiembre de 1999, declaró inexecutable el citado artículo 120 de la ley 489 de 1998, desde la fecha de promulgación de la misma ley, hecho que tuvo ocurrencia el 29 de diciembre de 1998 con su inserción en el Diario oficial No. 43458.

Si ha desaparecido la fuente que sirvió de fundamento para expedir los decretos aquí acusados, es decir, la norma que autorizaba al Presidente de la República para legislar en forma extraordinaria sobre determinados asuntos, los ordenamientos dictados en desarrollo de tal habilitación deben correr igual suerte y, por consiguiente, deberán ser retirados del ordenamiento positivo, con los mismos efectos declarados en el fallo precitado. Es ésta una inconstitucionalidad "por consecuencia", como la ha calificado la Corte en pronunciamientos anteriores.

Así las cosas, se procederá a declarar la inexecutable del decreto 1181/99, en su integridad, pues aunque fue demandado en forma parcial las demás disposiciones que lo conforman también están afectadas por el mismo vicio. Decisión que, como ya se ha anotado, producirá efectos a partir de la promulgación de dicho ordenamiento, esto es, a partir del 29 de junio de 1999, fecha en la que se publicó en el Diario Oficial No. 43626."

Posteriormente, el Presidente de la Republica fue nuevamente investido de facultades extraordinarias para regular el servicio exterior y la Carrera diplomática y consular, a través del artículo 1°, numeral 6° de la Ley 573 de 2000 y con base en ella expidió el Decreto 274 de 2000, disposición normativa que en sus artículos 63 a 69, reglamentó el régimen de seguridad social de dichos funcionarios.

La Corte Constitucional, en sentencia C-292 de 2001, en sede de control de constitucional por vía de acción, declaró executable el Decreto 274 de 2000, con excepción de la frase "salvo las particularidades contempladas en este Decreto" contenida en el artículo 63, los párrafos 2, 3 y 4 del mismo artículo y los artículos 64, 65, 66 y 67, los cuales los declaró inexecutables por considerar que el Gobierno Nacional había excedido las facultades extraordinarias otorgadas a través del artículo 1°, numeral 6° de la Ley 573 de 2000.

En ese orden de ideas, el artículo 63 del Decreto 274 de 2000 quedó vigente solo respecto a lo que pasa a leerse:

"Teniendo en cuenta los principios generales de eficiencia, solidaridad y universalidad en materia de Seguridad Social, así como los de Moralidad y

Especialidad, orientadores del Servicio Exterior y la Carrera Diplomática y Consular, los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular deben ser afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social en los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales, de acuerdo con lo previsto en el Sistema Integral de Seguridad Social creado por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, así como en las normas que los modifiquen, adicionen o deroguen, salvo las particularidades contempladas en este Decreto.

En consecuencia, todo lo relacionado con selección de entes administradores, afiliación, cotizaciones, prestaciones asistenciales y económicas, regímenes de transición y demás disposiciones del sistema integral de seguridad social, aplican a los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular.

PARAGRAFO PRIMERO. Salvo lo dispuesto en el artículo 64, lit. c., no habrá lugar 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 o de la especial naturaleza de su función, presten su servicio fuera del territorio de la República de Colombia.

Se exceptúan aquellos casos en los que el sistema de pensiones creado por la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios o cualquier disposición que los modifique, adicione o derogue, estableciera la posibilidad de afiliación voluntaria al sistema, por acreditar el nacional colombiano residente en el extranjero, estar protegido fuera del territorio de la República de Colombia por un sistema que sustituya la respectiva protección."

En virtud de la norma transcrita, se tiene que los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, para efectos de pensiones, salud y riesgos profesionales, están regulados por el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993.

Ley que en tratándose de las cotizaciones al Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, señala:

"ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.

ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

(...)

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.

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

En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión.

(...)

ARTÍCULO 20: MONTO DE LAS COTIZACIONES

(...)

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. (Negritas y resaltado fuera de texto)"

Los apartes resaltados, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-173 de 2004, por las siguientes razones:

" (...) Es imperativo tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 ordena tener en cuenta el salario real del trabajador para los efectos de la liquidación de las prestaciones sociales (arts. 17 y 18). Tal criterio recoge principios constitucionales tales como la proporcionalidad entre el trabajo desempeñado y la remuneración al mismo. En este sentido, la citada Sentencia T-1016 de 2000 anotó que, conforme con la Constitución, el legislador está plenamente habilitado para establecer los porcentajes sobre los cuales ha de pagarse la pensión y el monto de la misma, pero no para "excluir el salario del trabajador como elemento calificador del monto pensional".

Así, la Corte encontró en los casos precitados que este tipo de cálculo -a través de la equivalencia- establece una clara discriminación en perjuicio de los funcionarios públicos del servicio exterior, contraria al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución. Además, la Sentencia T-534 de 2001 aclaró que, aun cuando la Corte avaló el establecimiento de equivalencias entre cargos en el servicio exterior y en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, permitiendo así que un embajador pueda ser designado en un cargo equivalente o en el inmediatamente inferior, dicha equivalencia solo es admisible en cuanto busca "evitar una nominación en planta interna en un cargo que no guarde correspondencia con la investidura del cargo que se ejerce en planta externa", por lo cual resulta constitucionalmente inaceptable utilizarla para "perjudicar los derechos del servidor de tal manera que la pensión a que tenga derecho termine liquidándose con un salario base que no corresponde al cargo ejercido en planta externa sino a uno en planta interna con una remuneración inferior".

16- Visto todo lo anterior es claro que en cuanto a la cotización y liquidación de aportes para pensión de quienes hicieron parte del cuerpo diplomático en el exterior, existe una línea jurisprudencial consolidada, en el sentido de sostener que tal liquidación debe hacerse tomando como base el salario realmente devengado por el trabajador y nunca un salario inferior, que además es ficticio, pues no corresponde realmente al cargo desempeñado y a las responsabilidades derivadas del mismo. Y la razón es que la pensión es un salario diferido. De ello se sigue la inconstitucionalidad de cualquier norma o disposición que ampare una liquidación de aportes con base en un salario equivocadamente denominado equivalente, que en realidad resulta ser menor al recibido por el titular del derecho.

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

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

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

salario real devengado, o una buena parte de éste, del cálculo del monto de la pensión.

18- Conforme lo expuso esta Corporación con suficiente amplitud en algunos de los fallos antes citados, la aplicación de la equivalencia para cotizar y liquidar los aportes a pensión resulta abiertamente discriminatoria ya que permite que sólo a cierto sector de trabajadores estatales: los que laboran en el servicio exterior, se les liquiden sus prestaciones sociales, particularmente la pensión de jubilación, de acuerdo con el salario percibido por otros servidores que reciben sumas inferiores. Así, mientras el monto de las prestaciones para la generalidad de trabajadores de los sectores público y privado es calculado de conformidad con el salario causado, el tratamiento recibido por quienes hacen parte del servicio exterior es sustancialmente diferente, sin que exista una justificación constitucionalmente razonable que ampare tal distinción. Así, incluso la finalidad perseguida por la norma se perfila como inconstitucional, pues pretendió desconocer el salario como base para liquidar la pensión, así como para determinar las cotizaciones. Cabe reiterar entonces que el criterio aportado por el monto del salario realmente devengado es insoslayable, pues la pensión debe reflejar la dignidad del cargo desempeñado, ya que éste también estuvo acompañado de cargas y responsabilidades que el funcionario desempeñó de manera satisfactoria, hasta el punto de obtener su derecho pensional en tal profesión.

19- Cabe agregar que la Ley 100 de 1993 (arts. 17 y 18) en forma sistemática promueve el derecho a la igualdad de los trabajadores en materia prestacional, pues es desarrollo del querer del Constituyente, ya que la Carta consagra la igualdad como un principio fundante del Estado (art 13 C.P.) y la universalidad como un principio esencial del derecho a la seguridad social (art. 48 C.P.). Concluye entonces la Corte que para que se entienda garantizado el principio de igualdad y los objetivos superiores que informan el derecho a la seguridad social, la liquidación de aportes para pensión debe llevarse a cabo con base en el salario real recibido por el trabajador y en ningún caso con base en un salario inferior, por lo anterior se impone declarar la inconstitucionalidad de los apartes acusados.

20- La inxequibilidad de estos apartes corrige además la reiterada violación a la igualdad que se ha venido presentando. Así, todas las acciones de tutela presentadas por antiguos funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores demuestran la magnitud del problema constitucional que se ha generado con estas medidas discriminatorias. Además, esta declaratoria de inconstitucionalidad permite que el monto de cotización y el de liquidación de la pensión sean calculados con base en lo realmente devengado, lo cual garantiza el equilibrio del sistema pensional, pues las cotizaciones y las liquidaciones ya no se realizarán con base en ingresos inferiores a los que estos funcionarios perciben, ya sea que estén en la planta interna o en la externa, pues en cada caso se hará la cotización y la liquidación con base en el salario real.” (Negrillas fuera del texto original)

De igual forma, continuando con el mismo discurrir argumentativo dentro de su línea jurisprudencial sobre el asunto bajo estudio, la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 2005, declaró la inexecutable del artículo 57 del Decreto 10 de 1992, con base en los siguientes fundamentos:

"(...) 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."

De lo hasta aquí expuesto, se concluye que el Ministerio de Relaciones Exteriores al realizar los aportes de pensiones de los funcionarios que prestan sus servicios a nombre del Estado en el exterior, con el salario que en equivalencia corresponde a una persona que labora en planta interna, está dando un tratamiento diferenciado, menos favorable y discriminatorio lo cual va en contravía de los principios fundantes de un Estado Social de Derecho y los derechos constitucionales de igualdad, mínimo vital y seguridad social.

Ahora bien, es importante señalar, que la Corte Constitucional dentro de las sentencias de constitucionalidad C-173 de 2004 y C-535 de 2005, no modulo sus efectos, por lo cual se entiende que estas empezaron a producir efectos jurídicos a partir de sus expediciones, esto es el 2 de marzo de 2004 y el 24 de mayo de 2005 respectivamente.

En ese orden de ideas, en el tema bajo estudio, se tendría que el Ministerio de Relaciones Exteriores al liquidar y pagar los aportes a pensión del señor Jesús Arturo Gálvez Valega con base en el salario equivalente a un funcionario del personal interno, cuando prestó sus servicios en la planta externa de dicha entidad durante el periodo comprendido entre el 1º de junio de 1995 y el 31 de mayo de 1997; no vulneró el ordenamiento jurídico, ya que como se dijo, las providencias constitucionales que declararon la inexecutable de los apartados del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 fueron posteriores a la consignación efectiva de dichos aportes al fondo pensional respectivo.

Sin embargo, es de recordar que conforme al artículo 4º de la Constitución Política y el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el juez de instancia, al encontrar que una disposición normativa o un acto administrativo es contrario a la Constitución podrá inaplicarla para el caso en concreto, ejerciendo un control de constitucionalidad por vía de excepción.

Entonces, como quiera que el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 y el artículo 20 parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, a la fecha en la cual el convocante presto sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, se encontraban vigentes, tales normas en el caso en concreto, en tratándose de las cotizaciones a la Seguridad Social, deben ser inaplicadas por ser contrarias a la Constitución, en especial a los derechos a la igualdad, mínimo vital y seguridad social.

En ese sentido, se ha expresado el Consejo de Estado, quien en sentencia del 24 de mayo de 2007, en un asunto relacionado al caso que nos ocupa, inaplicó el artículo 57 del Decreto 10 de 1992, bajo los siguientes argumentos:

“Acorde con lo precedente, la Sala observa que si bien es cierto los actos acusados fueron expedidos cuando la inexecutable de la norma que regía la situación de la actora no había sido declarada por la Corte Constitucional, es pertinente proceder a inaplicar el texto en

mención, por resultar contrario al principio de igualdad toda vez que desconoce el salario como base para liquidar la pensión así como para determinar las cotizaciones; además, impone un trato distinto que resulta injustificado pues el monto pensional en los términos de la norma que rige el derecho de la demandante (artículo 57 del Decreto 10 de 1992) no refleja el verdadero ingreso del servidor público.

Precisamente por las razones anteriores, la Corte Constitucional declaró la inexecutable parcial del artículo 7º de la Ley 797 de 2003 fundada en que el cálculo del ingreso base de cotización de los funcionarios que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores tomando como base la asignación básica mensual y los factores salariales establecidos en las normas vigentes "para los cargos equivalentes de la planta interna", en la práctica conduce a aplicar un trato discriminatorio a un grupo de servidores, esto es a los que desempeñan su labor en el servicio exterior.

De otra parte, destaca la Sala que el establecimiento de equivalencias en los cargos en el servicio exterior y los cargos en planta interna 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 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 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." (Negritas fuera de texto)³

En ese orden de ideas, se concluye que en tratándose de los aportes pensionales de los funcionarios de carrera diplomática y consular que prestan sus servicios en la planta externa, deberán realizarse conforme lo indican los artículos 17, 18 y 20 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, es claro que los aportes a pensión del señor Jesús Arturo Gálvez Valega para el tiempo en el cual presto sus servicios en la planta externa de la entidad convocada, esto es el lapso entre el 1 de junio de 1995 y el 31 de mayo de 1997, debieron haberse liquidado y pagado conforme al salario real percibido y no con la remuneración de un funcionario equivalente de planta interna como en efecto se realizó (fls.30-34), por lo cual, es procedente la reliquidación de dichos aportes y de contera el acuerdo conciliatorio que sobre el respecto llegaron las partes procesales.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, en sentencia del 24 de mayo de 2007, radicado número: 250002325000200507605.

Es de anotar, que teniendo en cuenta la naturaleza del asunto a tratar, no hay lugar a la ocurrencia del fenómeno de la prescripción, toda vez que de los recaudos de los aportes dados a pensiones se garantiza a los afiliados de los regímenes pensionales, esto es, régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual, un monto real de lo devengado a través de la vida laboral, lo cual se constituirá en el Ingreso base de liquidación (IBL), que será determinante para señalar el valor de la pensión a recibir.

Así pues, ante la relación inescindible entre los aportes y la eventual prestación pensional, se concluye que en el asunto, no hay lugar a declarar la prescripción, dado a la connotación de imprescriptible de las pensiones, como eventualmente lo dispuso la entidad convocada dentro de la liquidación allegada a la audiencia de conciliación extrajudicial vista a folio 20 del expediente.

Por último, se evidencia que dicha liquidación fue conocida por el solicitante en la audiencia de conciliación prejudicial, la cual fue aceptada por el mismo, sin que se advirtiera inconformismo al respecto arrojando una suma total de dieciséis millones doscientos veintiocho mil quinientos ochenta y tres pesos (\$16.228.583) M/cte.

En tales condiciones, es evidente, que el acuerdo conciliatorio logrado por las partes, cuenta con las pruebas necesarias que demuestran la existencia del derecho que le asiste a la parte convocante a que se efectuó la reliquidación de los aportes a pensión por el tiempo laborado en planta externa, comprendido entre el 1º de junio de 1995 hasta el 31 de mayo de 1997, motivo por el que se evidencia que dicho acuerdo no vulnera el ordenamiento jurídico, aunado a que no resulta lesivo para el patrimonio público.

Por los anteriores razonamientos se debe concluir que se reúnen los requisitos necesarios para que sea aprobado el acuerdo conciliatorio a que llegaron las partes referidas y así se declarará por parte de esta judicatura.

La ejecución de lo conciliado, se efectuará dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA y adicionalmente el Despacho, hace la claridad, de que la presente providencia tiene efecto de COSA JUZGADA y presta mérito ejecutivo.

Por lo expuesto, el Juzgado Cincuenta y Dos Administrativo del Circuito de Bogotá,
D.C.,

RESUELVE:

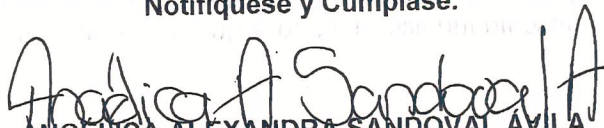
PRIMERO.- Aprobar en su integridad el acuerdo conciliatorio celebrado el dos (2) de diciembre de 2016, ante la Procuraduría 5 Judicial II para Asuntos Administrativos, entre el señor Jesús Arturo Gálvez Valega y la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, por valor de dieciséis millones doscientos veintiocho mil quinientos ochenta y tres pesos (\$16.228.583) M/cte., conforme lo señalado en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- Las sumas pactadas serán pagadas por la Nación – Ministerio de Ministerio de Relaciones Exteriores en los términos del artículo 192 del CPACA.

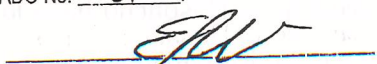
TERCERO. Declarar que las decisiones contenidas en el acta de audiencia de conciliación prejudicial y esta providencia, hacen tránsito a cosa juzgada.

CUARTO.- Cumplido lo anterior, archívese el expediente dejando las constancias del caso, previa expedición de las copias del presente proveído, conforme lo establece el numeral 2º del artículo 114 del CGP, con la constancia de prestar mérito ejecutivo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1716 de 2009 y previa solicitud del apoderado del convocante, las cuales se expedirán a su cargo.

Notifíquese y Cúmplase.


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

S.A

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 27 de febrero de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>010</u>.</p> <p> ERVIN ROMERO OSUNA Secretario</p>
