

RECURSO DE APELACIÓN / COMPETENCIA FUNCIONAL DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA – Alcance / APELACIÓN FALLIDA POR FALTA DE CONGRUENCIA ENTRE EL RECURSO Y LA PROVIDENCIA APELADA – Configuración

Se advierte que en el sub examine la parte demandada al sustentar los motivos de inconformidad contra la sentencia recurrida, esgrimió argumentos que no guardan relación con el objeto de la controversia, que como ya se anotó, recae sobre el derecho que reclama el demandante a la reliquidación pensional tomando en el IBL la asignación mensual que percibía en moneda extranjera (dólares) durante el período que se tuvo en cuenta en la liquidación de su pensión. La litis no comprendió aspectos relacionados con los factores salariales que se debían incluir en el IBL del Entonces el recurso de apelación formulado por la parte demandada no guarda relación con los motivos que tuvo en cuenta el tribunal para acceder a las súplicas de la demanda, por lo tanto, aunque la parte demandada cumplió con el requisito procesal ordenado en el artículo 212 del CCA, por lo que se dio el impulso procesal correspondiente al recurso, el escrito no satisfizo la finalidad sustancial del mismo.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la apelación fallida por falta de congruencia de la alzada con la sentencia apelada, ver: C. de E., Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, radicación: 0529-15, C.P.: William Hernández Gómez.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 328

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS EMPLEADOS DE LA PLANTA EXTERNA DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN – Determinación / SALARIO EN MONEDA EXTRANJERA – Conversión a moneda nacional

El ingreso base de cotización y de liquidación para el sistema general de pensiones de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores debe reflejar lo efectivamente devengado, sin acudir a 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, como quedó visto. Bajo los argumentos expuestos y teniendo en cuenta la asignación básica mensual percibida por el demandante en moneda extranjera, el ingreso base de cotización, los datos certificados por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y el ingreso base de liquidación que indicó CAJANAL EICE, para liquidar la prestación pensional del actor resulta evidente que existe una diferencia que va en detrimento de sus intereses, en tanto su prestación pensional fue liquidada teniendo en cuenta una asignación básica mensual inferior a la que realmente percibió durante dichos años, es decir, que el ingreso base de liquidación pensional de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores que devengan su asignación básica mensual en moneda extranjera, debe corresponder con lo efectivamente percibido en esa moneda, motivo por el cual, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los empleados del servicio exterior colombiano, ver: C. de E., Sección Segunda, sentencia de 3 de mayo de 2018, radicación: 1658-16.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A".

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00401-01(3598-16)

Actor: ÁLVARO GERMÁN BOHÓRQUEZ CARVAJAL

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

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

ASUNTO

Procede la Sala de Subsección A, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 25 de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, Subsección F, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA[1]

El señor Álvaro Germán Bohórquez Carvajal, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo demandó a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, CAJANAL, en liquidación, hoy sustituida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1. Pretensiones[2]

- (i) La nulidad parcial de la Resolución 29291 del 2 julio de 2008 proferida por CAJANAL, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez.
- (ii). La nulidad parcial de la Resolución 15755 del 6 de abril de 2009, proferida por CAJANAL, por la cual se resolvió el recurso de reposición.
- (iii). La nulidad parcial de la Resolución PAP 030817 del 20 de diciembre de 2010 proferida por CAJANAL, por la cual se reliquidó por nuevos factores de salario la pensión de vejez.
- (iv). La nulidad parcial de la Resolución 034394 del 25 de enero de 2011, proferida por CAJANAL, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 030817 del 20 de diciembre de 2010.
- (v). En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicitó reliquidar la pensión del demandante teniendo en cuenta para establecer el IBL de los periodos comprendidos entre el 7

de febrero de 1995 al 4 de diciembre de 2006 los salarios recibidos en moneda extranjera dólares, que de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 4 de 1992 y Decretos 60 de 1999, 1484 de 2001, 856 de 2002, 3547 de 2003 y 2078 de 2004, "por los cuales se fijan las asignaciones básicas de los funcionarios que prestan sus servicios en las misiones diplomática y oficinas consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores", devengó conforme a los certificados respectivos, convertidas dichas sumas a pesos, a la tasa representativa del mercado vigente para la época, publicada por el Banco de la República y actualizados año por año con base en el IPC certificado por el DANE.

(vi). Liquidar y disponer el pago retroactivo, a partir de su retiro del servicio hasta la inclusión en la nómina de pensionados del nuevo valor de su pensión, de la diferencia a su favor entre la suma que se le liquidó y el valor a que asciende la misma conforme a la liquidación practicada, teniendo en cuenta los salarios en dólares que percibió entre el 1 de abril de 1995, y el 31 de marzo de 1997, y el 2 de septiembre de 1998 al 5 de diciembre de 2006, cuando se desempeñó en el exterior, convertidas dichas sumas a pesos moneda corriente a la tasa representativa del mercado vigente para la época, y actualizados año por año con base en el IPC.

Deducir del monto del retroactivo los dineros que haya recibido netos por pensión hasta el día de su inclusión en nómina con el nuevo valor y las sumas que le corresponde asumir en la proporción de ley para completar el límite de cotización durante los periodos indicados, con base en los salarios reales.

(vii). Pagar a título de reparación del daño "colateral" producto de la nueva liquidación, los intereses corrientes a la tasa máxima 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, y moratorios desde entonces hasta el día en que se cumpla con el pago de la condena, y, por último, solicitó pagar las costas del proceso, incluyendo las agencias en derecho.

1.2. Fundamentos fácticos:

Como sustento fáctico expuso lo siguiente:

(i). El señor Álvaro Germán Bohórquez Carvajal, laboró al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 1 de marzo de 1981 hasta el 4 de septiembre de 2006, alcanzando el rango de Ministro Plenipotenciario en el escalafón de la carrera diplomática, periodo en el cual ocupó los siguientes cargos:

Del 1 de abril de 1995 al 31 de marzo de 1997, como Cónsul General en el Consulado de Colombia en Cuba.

Del 2 de septiembre de 1998 al 4 de diciembre de 2006 como Cónsul de Colombia en Manaus, Brasil.

(ii). Mediante Resolución No 29921 del 2 de julio de 2008 la extinta CAJANAL reconoció pensión mensual de vejez a partir del 1 de septiembre de 2006 en cuantía de \$2.243.976, suma correspondiente al 75% del ingreso promedio base de liquidación calculando los últimos 12 años de servicio.

(iii). Contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto a través de la Resolución 15755 del 6 de abril de 2009, que revocó la anterior y elevó la mesada pensional a la suma de \$2.320.503, sobre un ingreso base de liquidación de \$3.094.005 a una tasa de remplazo

del 75%.

(iv) El demandante interpuso acción de tutela contra CAJANAL en liquidación, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, despacho que mediante sentencia de 21 de septiembre de 2009[3], tuteló los derechos del demandante, y ordenó a la entidad demandada reliquidar la pensión del demandante, teniendo en cuenta los salarios devengados en dólares.

(v) Mediante Resolución PAP 030817 del 20 de diciembre de 2010, modificada por la Resolución No PAP 034394 del 25 de enero de 2011, la entidad demandada reliquidó la pensión, sin embargo, la entidad no tuvo en cuenta los salarios realmente devengados, y la liquidó en cuantía de \$4.654.856.

(vi) Sostuvo que de acuerdo a los certificados expedidos por el coordinador de nómina y prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, el demandante durante los periodos en los cuales prestó sus servicios en el exterior, devengó sus salarios en dólares, cuyas sumas convertidas a pesos colombianos, a la tasa representativa del mercado vigente para la época, publicada por el Banco de la República y actualizados año por año con base en la variación de IPC, arrojarían una cuantía pensional de \$10.354.095, y no \$6.206.475 como fue reconocida a través de los actos administrativos demandados, existiendo una diferencia a su favor.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De orden constitucional: artículos 1, 2, 4, 13, 25, 29, 48, 53, 58, 83, 209 y 243 de la Constitución Política.

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

Jurisprudencia: Sentencia C-173 de 2004 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

Al explicar el concepto de violación, refiere la demanda que con la expedición de los actos administrativos se desatendió la cosa juzgada constitucional respecto al ingreso base de liquidación de los servidores públicos que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores contenida en la sentencia C-173 de 2 de marzo de 2004 que declaró inexecutable la expresión "para los cargos equivalentes en la planta interna", introducida por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, toda vez que conforme a la ratio decidendi del fallo, la liquidación y la fijación de la cuantía de la pensión de jubilación debe realizarse conforme al salario realmente devengado, porque no es constitucionalmente admisible reducir el salario para efectos del cálculo de su pensión.

Afirmó que para liquidar la pensión del demandante debe tenerse en cuenta el salario real devengado y nunca un salario inferior, que además es ficticio pues no corresponde realmente al cargo desempeñado y a las responsabilidades derivadas del mismo.

Manifestó que la disminución de la pensión mensual vitalicia por vejez del accionante, producto de la inobservancia por parte de CAJANAL de la regla impuesta en la sentencia C-173 de 2004, socava derechos constitucionales como la dignidad humana, la igualdad, el debido proceso, el

trabajo y la seguridad social, por haberse liquidado con base en una asignación inferior al salario que percibió durante los periodos en que laboró para el Ministerio de Relaciones Exteriores en el exterior, generándose así una pensión menor.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL[4], se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos:

(i). Manifestó que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que el ingreso base de liquidación está conformado con los factores que taxativamente se encuentran previstos en el Decreto 1158 de 1994.

(ii). El demandante adquirió su status jurídico en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que indica que la pensión debe ser liquidada con el IBL previsto en el Decreto 1158 de 1994, dentro de los cuales no se encuentran los reclamados por el demandante. Por lo anterior, la liquidación realizada por la entidad se encuentra ajustada a derecho, pues es la ley la que define cuáles son los factores que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión.

Propuso como excepciones cobro de lo no debido, caducidad de la acción y prescripción.

3. LA SENTENCIA APELADA[5]

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F", accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad parcial de las Resoluciones No 15755 del 6 de abril de 2009, 030817 del 20 de diciembre de 2010, modificada por la Resolución No PAP 034934 del 25 de enero de 2011, que reliquidó la pensión por vejez del señor Álvaro Germán Bohórquez Carvajal.

En consecuencia, condenó a la Caja Nacional de Previsión Social, hoy UGPP, a reliquidar y pagar la pensión de vejez del señor Álvaro Germán Bohórquez Carvajal, teniendo en cuenta el salario devengado durante su prestación de servicios en el exterior como funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores, enero de 1995 a marzo de 1997 y desde septiembre de 1998 a enero de 2003, y durante el periodo comprendido entre el 7 de febrero de 1995 al 4 de diciembre de 2006, estos últimos tiempos tomados por la entidad demandada para liquidar la pensión del demandante.

Así mismo, ordenó a CAJANAL, hoy UGPP, al instante de hacer la liquidación para cancelar los valores resultantes de lo dispuesto en la sentencia, descontar lo ya aceptado y recibido con el fin de evitar dobles pagos.

La anterior decisión, tuvo sustento en las siguientes consideraciones:

Al momento de resolver la excepción de caducidad, indicó que el sub lite radica en la reliquidación de la pensión que devenga el demandante, por lo tanto, dicha pretensión versa sobre una prestación periódica, la cual puede demandarse en cualquier tiempo, en consecuencia, la excepción no está llamada a prosperar.

Sostuvo que al demandante le fue reconocida la pensión de jubilación por medio de la Resolución No 29291 de 2008, la cual fue revocada por la Resolución No 15755 de 2009, que resolvió un recurso de reposición y ordenó reconocer y pagar al actor una pensión de vejez, en la que se tuvo en cuenta el 75% del promedio devengado sobre el salario del 1 de abril de 1995

hasta el 30 de diciembre de 2006, conforme lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, régimen que no se encuentra en discusión.

De otra parte, se demostró que mediante sentencia de tutela proferida el 21 de septiembre de 2009 por el Juzgado Primero Penal del Circuito, se ordenó la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta los salarios devengados en dólares, sin embargo mediante Resolución PAP 030817 de 2010, modificada por la Resolución PAP 034394 de 2011, se reliquidó la pensión del actor sobre el 75% del promedio devengado entre el 7 de febrero de 1995 y el 4 de diciembre de 2006, no obstante, el demandante prestó servicios en el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 1 de marzo de 1981 hasta el 4 de diciembre de 2006.

De lo anterior, concluyó que mediante la Resolución No 15755 del 6 de abril de 2009, la entidad demandada liquidó la pensión de jubilación del demandante con el promedio de los últimos 10 años de servicio, esto es, del 1 de abril de 1995 al 30 de diciembre de 2006, y que tomó en cuenta las cotizaciones efectuadas por el empleador en dólares a partir del 1 de mayo de 2004, pero respecto de los periodos anteriores tomó como base el sueldo del cargo equivalente en la planta interna, siendo lo procedente liquidar la pensión con el salario realmente devengado por el demandante durante todo el periodo que se tuvo en cuenta para realizar la respectiva liquidación y no de manera fraccionada como lo hizo la entidad.

La pensión del demandante fue liquidada con un salario que no corresponde a la realidad de lo que efectivamente percibió durante su vinculación como Cónsul General de Colombia en la Habana – Cuba y del Consulado de Colombia en Manaos - Brasil, lo que significa que le fue reconocida una asignación disminuida que afectó sus condiciones de subsistencia, y constituye una vulneración a sus derechos de igualdad, vida digna y mínimo vital.

En consecuencia, la pensión fue liquidada de conformidad con los aportes que realizó el Ministerio de Relaciones Exteriores, con base en el salario que percibía un funcionario perteneciente a la planta interna de la entidad, sin tener en cuenta que el actor percibió su asignación en moneda extranjera.

Así las cosas, declaró la nulidad parcial de la Resolución No. 15755 del 6 de abril de 2009 que reconoció la pensión de vejez al actor y de la Resolución 030817 de 20 de diciembre de 2010, modificada por la Resolución No. 034394 de 25 de enero de 2011 que reliquidó la pensión de vejez del actor. En consecuencia condenó a Cajanal a reliquidar y pagar la pensión de vejez del actor teniendo en cuenta el salario realmente devengado en dólares durante los servicios prestados en el exterior durante el periodo comprendido entre el 7 de febrero de 1995 al 4 de diciembre de 2006 y efectuar los descuentos de lo ya pagado por concepto de mesadas pensionales reconocidas.

4.- EL RECURSO DE APELACIÓN[6]

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP presentó recurso de apelación contra la sentencia del 25 de febrero de 2016, para que se revoque la decisión y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, con sustento en los siguientes argumentos:

(i). Indicó que el señor Álvaro Germán Bohórquez Carvajal, tiene derecho a la pensión de vejez, como lo reconoció la entidad demandada y conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ser beneficiario del régimen de transición y que el ingreso base de liquidación

no es un aspecto sometido al régimen de transición, como si lo fueron los requisitos de edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo.

(ii). La entidad apelante concentró sus argumentos en sostener que la pensión de vejez del demandante no puede ser reliquidada, toda vez que los factores salariales sobre los cuales debe calcularse el IBL están previstos taxativamente en el Decreto 1158 de 1994, tal y como lo realizó la entidad demandada. No obstante, dicho tema no es objeto de demanda.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1.- La parte demandante, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que la pensión de jubilación ha debido liquidarse con base en los salarios en dólares, si se tiene en cuenta que esta prestación no es una dádiva sino el producto de toda una vida laboral, cuyos esfuerzos han de verse retribuidos con la garantía de la pensión que guarde proporción con lo devengado por el señor Álvaro Germán Bohórquez Carvajal.

5.2.- La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, reiteró que mediante Resolución No 030817 del 20 de diciembre de 2010, se liquidó la pensión de jubilación del demandante de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y posteriormente mediante Resolución 034394 del 25 de enero de 2011 se reliquidó teniendo en cuenta el Decreto 1158 de 1994.

En cuanto a la pretensión de reliquidar la pensión conforme a los salarios devengados como funcionario de planta externa, afirmó que la entidad se ha ceñido a la postura de la Corte Constitucional, en el sentido de que se debe tener en cuenta el salario realmente devengado, es decir, el percibido como funcionario de planta externa, pues lo contrario conllevaría a vulnerar el derecho a la igualdad.

6.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada emitió concepto de fondo en cual solicita confirmar la sentencia de primera instancia, considerando que en el proceso no se hace relación alguna a la aplicación indebida o debida del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 al demandante; el aspecto de la discusión lo constituye el cálculo de la prestación periódica con fundamento en los salarios realmente percibidos por sus servicios en el Ministerio de Relaciones Exteriores, de ahí que el enfoque del recurso de alzada no se dirigió hacia la esencia de la decisión del tribunal, que encontró probado que el actor efectivamente devengó en moneda extranjera y las equivalencias no fueron debidamente realizadas.

En conclusión el tema aquí decidido versa sobre la disminución en el salario real percibido por el demandante y no por la inclusión de los factores salariales.

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

II.- CONSIDERACIONES

1.- Competencia

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

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

2.- Problema jurídico

En el presente caso, le corresponde a la Sala, en primer lugar, establecer si los motivos que sustentan el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada guardan congruencia con lo decidido en la sentencia.

En segundo lugar, deberá analizarse si el señor Álvaro Germán Bohórquez tiene derecho a que su pensión sea liquidada con base en los salarios en dólares realmente percibidos durante el servicio prestado en planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, como Ministro Plenipotenciario y Cónsul de Colombia.

3.- Análisis del caso concreto.

Para resolver la controversia, la Sala tendrá en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso cuya presunción de autenticidad no fue objetada por las partes, el cual le permite tener por acreditados los siguientes hechos relevantes.

3.1. Hechos probados

(a) Edad del demandante: El señor Álvaro Bohórquez Carvajal nació el 1 de marzo de 1950, según información que se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 10 del cuaderno de antecedentes administrativos.

(b) Vinculación laboral y tiempo de servicios[7]: Según la certificación expedida por el Coordinador de Nómina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, se constató en la historia laboral del señor Álvaro Bohórquez Carvajal que ha prestado sus servicios en ese ministerio desde el 1 de marzo de 1981 hasta el 4 de diciembre de 2006, periodo en el cual desempeñó, entre otros, los siguientes cargos, Cónsul de Colombia ante el gobierno de Cuba (Habana) y de Manaos – Brasil y Ministro Plenipotenciario.

c).- Salarios devengados por el demandante. A folios 16 a 21 del cuaderno antecedentes obra la certificación expedida por el coordinador de nómina y prestaciones sociales del Ministerio de Relaciones Exteriores de la cual se desprende que el actor laboró en planta externa el periodo 1994 a 2005 y devengó una asignación mensual en dólares.

d) Reconocimiento Pensional: Mediante la Resolución 29291 del 2 de julio de 2008 proferida por CAJANAL EICE se reconoció a favor del demandante una pensión de vejez en el monto de \$2.243.976, a partir del 1 de septiembre de 2006[8].

A través de la Resolución 15755 del 6 de abril 2009[9], la entidad revocó la resolución anterior y ordenó reconocer el pago de la pensión de vejez del demandante en cuantía de \$2.320.503, efectiva a partir del 1 de septiembre de 2006.

e) Mediante fallo de tutela de 21 de septiembre de 2009, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá amparó los derechos fundamentales del debido proceso, igualdad y mínimo vital del señor Álvaro Bohórquez, y ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social EICE liquidar la

pensión de jubilación de la accionante "de conformidad con el salario realmente devengado de acuerdo con las certificaciones emitidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores en las que consta el equivalente en pesos de los salarios percibidos en dólares"[10].

(f) A través de la Resolución PAP 030817 de 20 de diciembre de 2010 CAJANAL EICE en liquidación, en cumplimiento del fallo de tutela anterior, reliquidó la pensión de jubilación del demandante y, en consecuencia, elevó su cuantía a la suma de \$4.654.856, efectiva a partir del 5 de diciembre de 2006[11], sin embargo, al momento de reliquidar no tuvo en cuenta todo el periodo de servicios en el que devengó salarios en moneda extranjera, dólares.

3.2. Análisis sustancial

3.2.1. ¿Los motivos que sustentan el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada guardan congruencia con lo decidido en la sentencia de primera instancia?

Para resolver el primer problema jurídico planteado, es pertinente precisar que el objeto del presente proceso se contrae al análisis de legalidad de las Resoluciones 15755 del 6 de abril de 2009, 030817 del 20 de diciembre de 2010, mediante las cuales, la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del señor Álvaro Bohórquez Carvajal, por cuanto la entidad demandada no tuvo en cuenta la asignación básica mensual realmente percibida en moneda extranjera durante los períodos en los que prestó sus servicios en el Ministerio de Relaciones Exteriores como Ministro Plenipotenciario y Cónsul.

En la sentencia de primera instancia proferida el 25 de febrero de 2016, el A quo accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad parcial de las Resoluciones No 15755 del 6 de abril de 2009, 030817 del 20 de diciembre de 2010, modificada por la Resolución No PAP 034934 del 25 de enero de 2011, que reliquidó la pensión del señor Álvaro Germán Bohórquez Carvajal, al encontrar probado que la pensión de jubilación reconocida fue liquidada con una asignación básica mensual que no correspondía a lo que realmente percibió durante su vinculación como Cónsul de Colombia y Ministro Plenipotenciario.

Contra la anterior decisión, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP interpuso recurso de apelación con los argumentos que a continuación se sintetizan:

(i) Que no se puede acceder a la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, pues aunque es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, los factores salariales sobre los cuales debe calcularse el IBL están previstos taxativamente en el Decreto 1158 de 1994.

(ii) Que los factores salariales no fueron objeto de transición y se deben aplicar normas posteriores a la Ley 100 de 1993, ya que los factores anteriores a ley fueron derogados.

(iii). El ingreso base de liquidación, no es un aspecto sometido al régimen de transición, y el promedio para liquidar la pensión se debe hacer con los últimos 10 años de servicio y no con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, por lo tanto, se debe negar la reliquidación solicitada.

De lo anteriormente expuesto, la Sala observa que el recurso de apelación presentado por la entidad demandada, no guarda congruencia con la sentencia objeto de reproche, pues no se puede perder de vista que el objeto de la litis recae sobre la reliquidación de la pensión de

jubilación del señor Álvaro Bohórquez Carvajal teniendo en cuenta, en el ingreso base de liquidación, la asignación básica mensual que en moneda extranjera percibió como empleado de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, y no la reliquidación de la pensión con la inclusión de los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994.

En ese orden, la Sala pone de presente que la sustentación del recurso de apelación es el medio procesal previsto por el artículo 212 del CCA[12] (reformado por el artículo 67 de la Ley 1395 de 2010) para que el recurrente manifieste los motivos de inconformidad contra la sentencia[13], por ende, la sustentación del recurso delimita el pronunciamiento de la segunda instancia, tal y como lo dispone el artículo 328 del CGP[14], aplicable por remisión expresa del artículo 267 del CCA.

Frente al particular, esta Corporación ha expuesto lo siguiente acerca del principio de congruencia:

"(...) de acuerdo con la finalidad del recurso de apelación, resulta necesario no solo que el recurrente sustente la decisión, sino que lo haga de la forma adecuada, indicando en concreto los motivos de inconformidad respecto del fallo del A-quo, los cuales determinarán el objeto de análisis del Ad quem y su competencia frente al caso. Lo anterior demanda un grado de congruencia entre el fallo recurrido y la fundamentación u objeto de la apelación, fuera de lo cual, se estaría desconociendo el debate jurídico y probatorio que fundamentó la decisión del juez de primera instancia, como también la finalidad y objeto mismo de la segunda instancia"[15].

Bajo tal entendimiento, es evidente que el recurso de apelación debe guardar congruencia con lo decidido en la sentencia, de tal manera que las razones expuestas por el apelante deben estar debidamente relacionadas con los supuestos fácticos y jurídicos de la decisión impugnada.

Ahora bien, cuando los fundamentos de la apelación son extraños al debate por no corresponder al caso juzgado por el A quo, se entiende como una apelación fallida, en cuanto que la falta de congruencia entre la sentencia recurrida y los motivos de inconformidad no permite resolver la apelación; así lo ha sostenido esta Corporación:

"En conclusión, se observa que los argumentos esgrimidos por el recurrente como sustentación del recurso, en verdad, no están dirigidos contra el fondo de la sentencia apelada, por no corresponder al caso que se juzga, lo cual impide en el fondo desatar la apelación, es decir, ésta resulta fallida porque es imposible confrontar la sentencia con una apelación de la misma que no lo es.

Así, realmente no existe apelación de la sentencia. Y esta situación impide conocer de fondo el caso por la vía de la apelación. (...)"[16] (Negrilla en el texto original).

La jurisprudencia, en relación con la carga procesal de indicar los motivos de inconformidad frente a la decisión de primera instancia y su relación con el tema de la litis, ha precisado[17]:

"Según el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, la finalidad del recurso de apelación es que la providencia de primer grado sea revisada por el superior jerárquico del funcionario judicial que la profirió, para que en análisis de su legalidad la confirme, revoque o modifique. De ahí la necesidad de que el recurso de apelación se sustente. La sustentación es la oportunidad o el

medio para que la recurrente manifieste los motivos de inconformidad con la decisión, pero en los aspectos que fundamentaron su posición, como demandante o como demandada, en el debate judicial, y sobre los cuales el a quo se pronunció de manera adversa o simplemente no se pronunció. El marco conformado por la sentencia y el recurso de apelación es el parámetro que limita la decisión judicial de segunda instancia. Como lo señaló la jurisprudencia citada, el superior no tiene la libertad de suponer otros motivos que a su juicio debieron ser invocados en contra de la decisión. De acuerdo con lo anterior, es evidente que el demandante no controvertió ninguno de los argumentos que motivaron la decisión de primera instancia (...)." [18] (Negrilla fuera de texto)

En ese orden de ideas, se advierte que en el sub examine la parte demandada al sustentar los motivos de inconformidad contra la sentencia recurrida, esgrimió argumentos que no guardan relación con el objeto de la controversia, que como ya se anotó, recae sobre el derecho que reclama el demandante a la reliquidación pensional tomando en el IBL la asignación mensual que percibía en moneda extranjera (dólares) durante el período que se tuvo en cuenta en la liquidación de su pensión. La litis no comprendió aspectos relacionados con los factores salariales que se debían incluir en el IBL del señor Ávaro Bohórquez Carvajal.

Entonces el recurso de apelación formulado por la parte demandada no guarda relación con los motivos que tuvo en cuenta el tribunal para acceder a las súplicas de la demanda, por lo tanto, aunque la parte demandada cumplió con el requisito procesal ordenado en el artículo 212 del CCA, por lo que se dio el impulso procesal correspondiente al recurso, el escrito no satisfizo la finalidad sustancial del mismo.

3.2.2. ¿El señor Álvaro Germán Bohórquez tiene derecho a que su pensión sea liquidada con base en los salarios en dólares realmente percibidos durante el servicio prestado en planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, como Ministro Plenipotenciario y Cónsul de Colombia?

Al respecto, esta Corporación, ha reconocido que la cotización y liquidación de la pensión de jubilación y la liquidación de las prestaciones sociales (como las cesantías) de los funcionarios del servicio exterior, debe efectuarse con base en el salario realmente devengado y de ninguna manera con uno inferior.

Específicamente, sobre las pensiones de los empleados vinculados a la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 11 de marzo de 2010[19], precisó lo siguiente:

"Según lo expuesto en el acápite normativo y jurisprudencial, la normatividad que permitía la equivalencia de cargos de Planta Externa a Planta Interna para efectos de la liquidación pensional de funcionarios pertenecientes a la primera, es inconstitucional, y lo ha sido así a la luz de la Constitución Política desde el mismo momento de su expedición; razón por la cual, en virtud de la primacía de dicho cuerpo normativo superior no es dable sostener una situación a todas luces ajena a nuestro ordenamiento jurídico."

(...)

De este modo, en materia de liquidación de pensiones y cesantías de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de relaciones exteriores, resulta claro que se debe tener en cuenta el salario efectivamente devengado, el cual -entratándose de quienes se desempeñan en la planta externa- es mayor que el que perciben quienes laboran al servicio de la planta interna[20].

Por lo anterior se colige que el ingreso base de cotización y de liquidación para el sistema general de pensiones de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores debe reflejar lo efectivamente devengado, sin acudir a 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, como quedó visto[21].

Bajo los argumentos expuestos y teniendo en cuenta la asignación básica mensual percibida por el demandante en moneda extranjera, el ingreso base de cotización, los datos certificados por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y el ingreso base de liquidación que indicó CAJANAL EICE, para liquidar la prestación pensional del señor Álvaro Bohórquez Carvajal, resulta evidente que existe una diferencia que va en detrimento de sus intereses, en tanto su prestación pensional fue liquidada teniendo en cuenta una asignación básica mensual inferior a la que realmente percibió durante dichos años, es decir, que el ingreso base de liquidación pensional de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores que devengan su asignación básica mensual en moneda extranjera, debe corresponder con lo efectivamente percibido en esa moneda, motivo por el cual, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

5.- Condena en costas

Teniendo en cuenta que la parte vencida en el proceso no asumió una conducta de mala fe o temeridad, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, la Sala de Subsección se abstendrá de condenar en costas en el presente asunto.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F", de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

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

[2] Folios 242 cuaderno principal

[3] Folios 40 a 51.

[4] Folios 329 a 331

[5] Folios 436 a 463

[6] Folios 465 a 469

[7] Folios 52 antecedente administrativos.

[8] Folios 6 a 10 cuaderno principal.

[9] Folios 12 a 19

[10] Folios 40 a 50 del cuaderno principal.

[11] Folios 23 a 29 del cuaderno principal.

[12] Norma aplicable para la fecha de presentación de la demanda.

[13] En vigencia de la Ley 1437 de 2011, el artículo 247 prevé el trámite del recurso de apelación contra sentencias.

[14] "ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia".

[15] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, sentencia del 7 de abril de 2016, proceso con radicado 25000-23-25-000-2011-00376-01 y número interno 0529-15.

[16] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, sentencia del 25 de mayo de 2006, proceso con radicado 15001-23-31-000-2000-02086-01 y número interno 2273-2005.

[17] Sobre la finalidad del recurso de apelación ver sentencias del H. Consejo de Estado Sección Cuarta de 18 de marzo de 2001, Rad. 13683, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié y 25 de septiembre de 2006, Rad. 14968, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

[18] C.E, SECCIÓN CUARTA, C.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, 4 de

marzo de 2010, Radicación número: 25000-23-27-000-1999-00875-01(15328).

[19] Expediente No. 250002325000200503120-01 (0613-2008), Actor: Ramiro Zambrano Cárdenas, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

[20] Apartes extraídos de la sentencia del 3 de mayo de 2018, rad. 1658-16, proferidos por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

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

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 30 de septiembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.869 - 4 de septiembre de 2024)

