

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - Reliquidación de pensiones de funcionarios de su planta externa como consecuencia de fallos de constitucionalidad / MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - Reajuste de cotizaciones a pensiones y salud de funcionarios de planta externa como consecuencia de fallos de constitucionalidad / RELIQUIDACION DE PENSIONES - A funcionarios de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores como consecuencia de fallos de constitucionalidad

1. Las personas que han trabajado en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores y que se encuentran pensionadas, incluidas las que lo fueron con la legislación anterior a las sentencias de constitucionalidad tienen derecho a la reliquidación de la pensión con base en el ingreso base de cotización correspondiente a la asignación básica percibida en moneda extranjera, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 7° de la ley 797 de 2003 y la línea jurisprudencial establecida por vía de tutela, con efectos inter-comunis. El mayor valor debe cancelarse a partir de la reliquidación respectiva, en la cual se debe tener en cuenta el fenómeno de la prescripción trienal de mesadas pensionales y el tope o límite de las cotizaciones previsto en la ley 100 de 1993. 2. Es procedente efectuar el descuento del mayor valor la cotización que en su momento le hubiere correspondido aportar a los pensionados de conformidad con su ingreso percibido en moneda extranjera por todo el tiempo servido en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores. 3. A las personas que todavía no tienen pensión –funcionarios activos del Ministerio de Relaciones Exteriores, extrabajadores del Ministerio de Relaciones Exteriores que se encuentran vinculados en otras entidades públicas o privadas y extrabajadores del Ministerio de Relaciones Exteriores que se encuentran retirados-, se les debe hacer el ajuste de todo lo que no han aportado de su ingreso percibido en moneda extranjera y remitir los valores resultantes de la reliquidación de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones. 4. A la luz del principio de solidaridad que informa el Sistema General de Seguridad Social, es procedente reajustar el aporte destinado al punto de solidaridad del régimen subsidiado de salud -Fosyga-, que deben realizar los servidores del servicio exterior y los exfuncionarios del mismo, siguiendo la regla general sobre la igualdad del ingreso base para la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud, establecida en la ley 100 de 1993. 5. La entidad de previsión social o administradora de pensiones correspondiente, cuando reliquide la pensión respectiva, deberá hacer los descuentos correspondientes a los aportes no efectuados al sistema. Con los ex -funcionarios y funcionarios en servicio activo de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, esta entidad deberá acordar mecanismos de pago de los aportes no descontados en su oportunidad de acuerdo con el salario real. 6. Como quiera que la reliquidación de la pensión y el cobro reajustado de las cotizaciones implica la modificación de situaciones jurídicas particulares contenidas en actos administrativos en firme, se precisa elevar solicitud expresa del funcionario o exfuncionario. 7. Siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Sección Segunda de esta Corporación, el derecho a la pensión no se puede afectar, ni siquiera en los casos de falta de cotización. En consecuencia, no es viable subordinar el reajuste de la pensión con base en la asignación percibida en moneda extranjera, al pago del mayor valor de las cotizaciones. Lo anterior opera, sin perjuicio de los descuentos a que hubiere lugar en el acto de reliquidación de la pensión. 8. Para determinar el monto de las cotizaciones adicionales que deben realizarse deberán tomarse en cuenta el monto de las cotizaciones faltantes actualizadas, de acuerdo con la fórmula de actualización aceptada por la Jurisprudencia de la Secciones Segunda y Tercera de esta Corporación.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la inconstitucionalidad de las normas que establecían que el ingreso base de cotización de las pensiones de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores era equivalente a los salarios equivalentes en la planta interna, Corte Constitucional, sentencias C-292 de 2001, C-173 de 2004 y C-535 de 2005. Levantada la reserva legal con auto de 22 de julio de 2010.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil seis (2006)

Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00053-00(1749)

Actor: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Referencia: Ingreso base de cotización de pensión y salud de los funcionarios y exfuncionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores. Reliquidación de Pensión e ingreso base de cotización en salud.

El Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con ocasión de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, consignados en las sentencias C-292 de 2001 y C-173 de 2004, en los cuales, se declaró la inexecutable de las disposiciones legales que consagraban que el ingreso base de la cotización y liquidación de las pensiones de los funcionarios que prestaban servicios en la planta externa era el salario que correspondía a un cargo equivalente en planta interna, formuló a la Sala, la siguiente consulta :

“1. Para las personas que han trabajado en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores y que se encuentran pensionadas, incluidas las que lo fueron con la legislación anterior a las sentencias de constitucionalidad ¿se debe proceder a la reliquidación de la pensión con base en el ingreso base de cotización correspondiente a la asignación básica percibida en moneda extranjera? ¿A partir de cuándo se paga el mayor valor? ¿Cabe la prescripción trienal de mesadas?.

2. Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ¿se debe hacer el descuento de la cotización que en su momento le hubiere correspondido aportar a los pensionados de conformidad con su ingreso percibido en moneda extranjera por todo el tiempo servido en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores?.

3. A las personas que todavía no tienen pensión, ¿se les debe hacer el descuento de todo lo que no han aportado de su ingreso percibido en moneda extranjera? Dentro de este grupo deben entenderse:

3.1. ¿Los funcionarios activos del Ministerio de Relaciones Exteriores?

3.2. ¿Los extrabajadores del Ministerio de Relaciones Exteriores que se encuentran trabajando en otras entidades públicas o privadas?

3.3. ¿Los extrabajadores del Ministerio de Relaciones Exteriores que se encuentran retirados?

4. Teniendo en cuenta que de acuerdo con la Ley 100 de 1993 el aporte para salud se hace sobre el mismo ingreso base de cotización que para pensiones, ¿este descuento también debe hacerse en forma retroactiva incluyendo el punto de solidaridad para el Fosyga?
5. Si las respuestas a las preguntas anteriores son afirmativas, ¿cuál sería el procedimiento para obtener el pago de las sumas adicionales que correspondan por cotizaciones?
6. ¿En caso de existir esa obligación de reconocimiento y pago de reajustes de las cotizaciones y de las pensiones, ¿debería ello hacerse oficiosamente o para ese efecto se requeriría de una petición elevada en tal sentido por el funcionario o exfuncionario, teniendo en cuenta que estos deben cotizar la cuarta parte del monto del aporte?
7. ¿Se podría subordinar el reajuste de la pensión, con base en la asignación percibida en moneda extranjera, al pago del mayor valor de las cotizaciones?
8. ¿Para determinar el monto de las cotizaciones adicionales que deben realizarse deberán tomarse en cuenta el valor de las cotizaciones no realizadas, el valor faltante del calculo actuarial o el monto de las cotizaciones faltantes actualizadas?
9. ¿Si dicho monto adicional debe pagarse sobre las cotizaciones actualizadas, ¿cuál sería el procedimiento para su actualización?.”

Adicionalmente, señaló que a partir del fallo C-173 de 2004 proferido por la Corte Constitucional, el Ministerio de Relaciones Exteriores empezó a calcular el ingreso base de cotización de los funcionarios de la planta externa de acuerdo a su asignación en divisas y no a la asignación mensual de los cargos equivalentes en la Planta Interna, pues ni en la parte motiva, ni en la resolutive de dicha providencia, se determinó que ésta tuviera efectos retroactivos.

No obstante, la entidad consultante manifiesta que su interior se ha discutido sobre la posibilidad de reliquidar los aportes pensionales correspondientes tanto a personas que en alguna oportunidad prestaron servicios en la planta externa de la entidad como al personal activo, con miras a que se reajusten las cotizaciones que en su momento y en cumplimiento de la normatividad legal vigente realizó el Ministerio de Relaciones Exteriores ante la Caja Nacional de Previsión Social, el I.S.S y los diferentes administradores de fondos de pensiones, a raíz de los fallos de tutela T-083 de 2004 y T-098 de 2006, en los que la Corte ordenó el pago de los reajustes de aportes pensionales en forma proporcional al ISS, de acuerdo con los salarios realmente devengados por los accionantes, haciendo la conversión de la moneda extranjera con la cual fueron cancelados a moneda colombiana.

Considera la Sala

La Sala analizará, en primer lugar, el alcance de las sentencias de constitucionalidad y de tutela proferidas por la Corte Constitucional sobre el ingreso base de cotización al sistema general de seguridad social aplicable a los funcionarios del servicio exterior; en segundo término, los aspectos a tener en cuenta para la implementación de las decisiones judiciales –reliquidación de pensión, cotizaciones, actualización monetaria y prescripción trienal- y, finalmente, estudiará los efectos de las decisiones judiciales frente al Sistema de Seguridad Social en Salud.

I. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE TUTELA EN MATERIA DE COTIZACIONES Y RELIQUIDACION DE LA PENSION DE FUNCIONARIOS Y EXFUNCIONARIOS QUE PRESTEN O PRESTARON SUS SERVICIOS

EN LA PLANTA EXTERNA DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES.

Como quiera, que la sentencia C-292 de 2001, por la cual, se declararon inexecutable, entre otros, los artículos 65 y 66 del decreto ley 274 de 2000

, se fundó en que el Gobierno excedió las facultades precisas otorgadas por el Congreso de la República al regular el régimen salarial y prestacional de quienes atienden el servicio exterior, considera la Sala procedente centrar el análisis en los fallos de constitucionalidad y de tutela en los que esa Corporación se ha pronunciado sobre el fondo del asunto objeto de la consulta.

1. Corte Constitucional. Sentencias de Constitucionalidad C-173 de 2004 y C-535 de 2005. Efectos.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-173 de 2004, se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 7º de la ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, que sobre el ingreso base de cotización para los funcionarios que presten servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, prevé:

“Artículo 7º.- El artículo 20 de la Ley 100 de 1993 quedará así: “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”.

Esa Corporación declaró la inexecutable de la expresión **“para los cargos equivalentes de la planta interna”**, previo: a) El recuento de las normas referidas a la naturaleza de las funciones de los empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores en la planta externa contenidas en el decreto ley 274 de 2000; b) El análisis del derecho de los servidores del servicio exterior a recibir el mismo tratamiento de otros funcionarios públicos al momento de calcular el monto de la pensión; y c) La jurisprudencia de esa Corporación que en sede de tutela ha sostenido que la liquidación de pensiones de funcionarios que se han desempeñado en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores debe ajustarse a la realidad salarial de los mismos y no a una ficción legal

A continuación, la Sala transcribe los apartes pertinentes de la Sentencia en comentario, con el fin de identificar los efectos de dicho fallo.

“Esta Corte ya ha estudiado el asunto planteado en esta oportunidad en diferentes ocasiones. Así en diversos procesos de tutela, **antiguos funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores** consideraron vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la subsistencia digna y al mínimo vital, por cuanto el mencionado ministerio **había liquidado los aportes al sistema de pensiones sobre un ingreso base de cotización que no corresponde al que realmente devengaron** cuando se desempeñaron como funcionarios públicos en el servicio exterior. Tal es el resultado del establecimiento de equivalencias entre los cargos de planta interna y los de planta externa, y específicamente al punto de las equivalencias salariales.

“13- En la sentencia T-1016 de 2000, la Corte estudió la tutela interpuesta por Pedro Felipe López Valencia (Sic) contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Instituto de Seguros Sociales. En aquella oportunidad el actor ya había solicitado al Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el ejercicio del derecho de petición, una nueva certificación sobre el ingreso base de liquidación y éste había mantenido intangible su decisión de basarse en las equivalencias. Por tal razón la Corte concedió el amparo, pues **la liquidación de su pensión no fue hecha con base en la remuneración que efectivamente recibió** sino en el salario menor correspondiente a una función distinta.

“Por su parte, la Sentencia T-534 de 2001 **analizó también la situación pensional de un exembajador**. En aquella oportunidad el peticionario ya había interpuesto los recursos de reposición y apelación ante el Seguro Social, y en ellos cuestionó, entre otros asuntos, la determinación del salario base de liquidación para los servidores públicos en el exterior. En esa ocasión este Tribunal tuteló los derechos del peticionario pues, a pesar de los reclamos elevados, el monto de liquidación de su pensión no había sido corregido.

“En la sentencia T-083 de 2004 la Corte concedió la acción de tutela interpuesta por Carlos Villamil Chaux pues los salarios que él realmente devengó **cuando se desempeñaba** como cónsul general de Colombia en Berlín no fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión en virtud de las equivalencias.

(...) De acuerdo con lo dicho anteriormente, es claro que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido precisa al señalar que las cotizaciones para pensión deben hacerse tomando en consideración la asignación que corresponde al cargo realmente desempeñado, pues hacerlo a partir de una asignación distinta o supuestamente equivalente resulta discriminatorio. Si se acogiera un criterio distinto al determinado jurisprudencialmente el resultado sería que aquellos trabajadores que han devengado un mayor salario van a recibir prestaciones sociales que en realidad pertenecen a labores de menor asignación, desarrolladas por trabajadores que generalmente cumplen distintas funciones a consecuencia también de su nivel de preparación, quienes además ostentan otras responsabilidades concordantes con su cargo. Es decir, lo recibido no correspondería al empleo, ni a las funciones, ni a las cargas propias del trabajo desempeñado. **Por ese motivo, esta Corte ya ha anotado que las normas que respaldan este tipo de prácticas frente a cierto grupo de trabajadores son inconstitucionales y deben ser inaplicadas**, pues resultan contrarias a los principios de dignidad humana e igualdad, y violatorias de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social, derechos que tienen un fundamento constitucional expreso (C.P. arts. 48, y 53). Sobre este particular la Sentencia T-1016 de 2000 expresó lo siguiente:

“...se afecta ostensiblemente la igualdad si a todos los trabajadores se les liquida la pensión según el salario devengado y por el contrario a unos servidores del Estado se les computa con base en el salario de otros funcionarios que reciben sumas muy inferiores a la que percibe el aspirante a pensionado.”

“(…) De otro lado, 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”**.

“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 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 diferido. 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.

“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. (...)”

“La inexequibilidad 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 (...).” (Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, en la sentencia C-535 de 2005, la Corte analizó de fondo los mismos problemas constitucionales planteados en la Sentencia C-173 de 2004, frente a lo dispuesto decreto ley 10 de 1992

orgánico del servicio exterior y de la carrera diplomática y consular, que preveía:

“**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.”

La declaratoria por la Corte Constitucional de la inexequibilidad de la locución “para los cargos equivalentes de la planta interna” contenida en los artículos 57 del decreto ley 10 de 1992 y 7° de la ley 797 de 2003, por quebrantar los principios de la dignidad humana y de igualdad y los derechos al mínimo vital y a la seguridad social y constituir una práctica contraria a los derechos derivados de la relación laboral, implica que la liquidación de las prestaciones debió efectuarse con fundamento en los salarios y emolumentos establecidos en los decretos salariales dictados en desarrollo de la ley marco para los funcionarios del servicio exterior. Esta posición la compartió el señor Procurador General de la Nación al afirmar que no existe razón alguna para otorgar un trato diferente a los funcionarios del servicio exterior y liquidar las prestaciones sociales a partir de un salario de un cargo equivalente, pero sustancialmente menor al devengado.

El retiro del ordenamiento de las normas mediante el control abstracto de constitucionalidad produce efectos erga omnes hacia el futuro sin perjuicio de los derivados del control concreto que son inter partes para la protección de los derechos fundamentales de los exservidores de la

planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores en sede de tutela.

Concretamente, en relación con los efectos de las sentencias de constitucionalidad respecto de las situaciones particulares en curso de consolidación, de manera general, la entidad consultante está obligada a partir de la ejecutoria de la sentencia C-173 de 2004, cuyos argumentos de fondo fueron ratificados en la sentencia C-535 de 2005, a liquidar las cotizaciones y reliquidar los aportes efectuados por el personal que actualmente presta servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores con base en el salario realmente devengado por dichos funcionarios.

3. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-098 DE 2006. EFECTOS INTER-COMUNIS

La Corte Constitucional en la sentencia T-098 de 2006, tuteló el derecho de un Ex Embajador a la reliquidación de su pensión que le había sido negado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, argumentando que los fallos contenidos en las sentencias C-292 de 2001 y C-173 de 2004 tienen efectos “solo hacia el futuro”, así como, la carencia de recursos para pagar los reajustes de liquidaciones. En esta providencia, de manera expresa e inequívoca, la Corte extendió el efecto de su decisión a **casos semejantes**, en los siguientes términos:

“**Tercero:** Teniendo en cuenta la existencia de una línea jurisprudencial consolidada, en el sentido de sostener que la liquidación de aportes para pensión de quienes hicieron parte del cuerpo diplomático en el exterior debe hacerse tomando como base el salario realmente devengado y **nunca un salario inferior**, se **PREVIENE** al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre sus efectos vinculantes, para que la precitada doctrina sea observada y aplicada en casos semejantes.”

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

En consecuencia, si bien es cierto, la Corte no determinó explícitamente el alcance de los fallos C-173 de 2004 y C-535 de 2005, el operador jurídico no puede perder de vista, el efecto inter-comunis que esa Corporación le dio al fallo de tutela T-098 de 2006, cuya finalidad es evitar que existan criterios de discriminación entre quienes se encuentran en la misma situación de hecho y de derecho.

Sobre el alcance de los efectos inter-comunis de las sentencias proferidas en sede de tutela, esa Corporación en sentencia T-203 de 2002, manifestó:

"De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la Corte Constitucional puede modular los efectos de sus sentencias. Dentro de las múltiples alternativas disponibles, la Corte puede decidir cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales y garantiza la integridad y supremacía de la Constitución. Así lo ha hecho esta Corporación cuando ejerce un control abstracto de normas, al fijar, por ejemplo, los efectos retroactivos o diferidos de las sentencias correspondientes. (...)

“En la sentencia SU.1023/01, la Corte decidió que sus órdenes debían tener efectos inter comunis, con el fin de proteger los derechos de todos los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., hubieran o no presentado acción de tutela, por considerar que al conceder el amparo exclusivamente en beneficio de los tutelantes, sin considerar los efectos que tal decisión tendría frente a quienes no habían interpuesto la acción de tutela, podría implicar la vulneración de otros derechos fundamentales. Dijo entonces la Corte:

“Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, **siempre que frente al accionado se encuentre en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercuta, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.**” (Negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la entidad administradora de pensiones respectiva, deberán analizar caso a caso las solicitudes que se formulen sobre este particular, con el fin de verificar que el peticionario se encuentre efectivamente en la mismas condiciones de las personas a quienes se les ha reconocido el derecho a la reliquidación de su pensión. Como quiera que la reliquidación de la pensión y el cobro reajustado de las cotizaciones implica la modificación de situaciones jurídicas particulares contenidas en actos administrativos en firme, se precisa elevar solicitud expresa del funcionario o exfuncionario.

En consecuencia, al desaparecer del mundo jurídico las disposiciones legales que preveían el sistema de equivalencias para efectos del cálculo del ingreso base de cotización al Sistema de Seguridad Social de los funcionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones, el régimen aplicable es el de los demás servidores públicos, que se fundamenta en:

a) La regla general contenida en la ley 100 de 1993, según la cual, el ingreso base de la cotización al Sistema General de Pensiones debe guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado, contenida en los siguientes artículos:

“Ley 100 de 1993.- Artículo 17. Obligatoriedad de las cotizaciones. Modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: 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 (...)**”.

“**Artículo 18. Base de cotización.** Modificado parcialmente por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: **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.(...)**”.

b) El artículo 7 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que específicamente contempla:

“Artículo 20. Monto de las Cotizaciones.- Modificado por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003. (...)

“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 en la planta intern). 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.”
Y,

c) Los decretos proferidos por el Gobierno Nacional, en los cuales se fija la asignación básica mensual y la escala salarial aplicable a los Embajadores, Jefes de Delegaciones Permanentes en el Exterior, funcionarios que ocupen cargos diplomáticos y consulares y funcionarios administrativos en el exterior, que en la actualidad es el decreto 2078 de 2004.

En el mismo sentido, enfatiza la Sala, la reliquidación de las cotizaciones y por ende la pensión, debe seguir la regla general prevista en el artículo 17 de la ley 100 de 1993, en materia de límites o topes, en virtud de la cual: “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.

Derecho a la reliquidación de la pensión y ajustes de las cotizaciones.

Problema Jurídico

¿Cómo de deben hacerse los ajustes de las cotizaciones y cuál es el procedimiento para su cobro?

¿Es viable proceder a la reliquidación de estas pensiones afectando el equilibrio económico del sistema que está garantizado constitucionalmente en el Acto legislativo 1 de 2005?

Con el fin de dar respuesta a estas inquietudes, es necesario transcribir unos apartes de las sentencias C-173 de 2004 y T-098 de 2006, en las que la Corte Constitucional expuso:

“Sentencia C-173 de 2004.- (...) 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.**” (Resalta la Sala).

“T-098 de 2006.- Resuelve. (...) Segundo: **ORDENAR** al Ministerio de Relaciones Exteriores que, si aún no lo ha hecho, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, proceda a enviar al Instituto de Seguros Sociales - ISS, la información que constitucionalmente corresponde para la pensión que le corresponda al señor Armando Echeverri Jiménez, como son los salarios que realmente devengó al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, para que

esta nueva circunstancia material sea tenida en cuenta por el ISS en una correcta liquidación de la pensión que le corresponda al actor.

“Igualmente, considerando que los aportes remitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores al ISS correspondieron a un salario menor al devengado por el señor Armando Echeverri Jiménez, **el mismo tiene derecho a que se le remitan los aportes bien liquidados según el salario real del trabajador, obligación compartida por el empleador y el trabajador, DISPONER** que tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como el señor Armando Echeverri Jiménez **quedan obligados a cancelar al ISS, en la proporción que les corresponda**, la parte no aportada de las cotizaciones, a lo cual procederán una vez el ISS indique a cada uno la suma que adeudan por concepto de aportes, sin que dicha suma incluya valores correspondientes a sanciones ni a intereses de mora”. (Resalta la Sala).

Lo anterior, permite concluir que la Corte Constitucional, consciente del impacto económico de la decisión judicial ordenó a cada una de las partes de la relación laboral -entidad y pensionado-, aportar en forma proporcional y concurrente al monto de su obligación, al sistema pensional el valor que resulte de ajustar la cotización que debía haberse hecho con el salario realmente devengado por el pensionado, sin que haya lugar al cobro de intereses pues las razones de la reliquidación no le son imputables al Ministerio de Relaciones Exteriores o a los funcionarios que liquidaron las cotizaciones de acuerdo con las normas legales que estaban vigentes.

Al respecto, la Sala puntualiza que la reliquidación de la pensión y el ajuste de las cotizaciones debe hacerse de acuerdo con el régimen al cual pertenecía el trabajador –prima media con prestación definida - o ahorro individual y, en ningún caso, puede superar los límites máximos fijados en la ley, como se expuso en el capítulo anterior.

En cuanto al pago de las sumas adeudadas por el pensionado, ex funcionario y funcionario de la planta externa del Ministerio por concepto de los ajustes de las cotizaciones, considera la Sala que éstas deben descontarse por la entidad de previsión social o la administradora del fondo de pensiones correspondiente, cuando reliquide la pensión respectiva. Solución que ha sido adoptada por esta Corporación, al analizar algunos casos de reliquidación de pensiones de la Rama Jurisdiccional.

En efecto, esta Corporación, ha ordenado la reliquidación de las pensiones de algunos funcionarios de la Rama Judicial que tenían derecho a la aplicación del régimen especial, incluyendo todos los factores salariales, como también, hacer **“los descuentos correspondientes a los aportes no efectuados** por el servidor, posición que armoniza con lo señalado por la Corte en el fallo de tutela transcrito.

De otra parte, en cuanto a la pregunta sobre si es viable subordinar el reajuste de la pensión al pago del mayor valor de cotización, considera la Sala que esto no es posible, pues la pensión que se liquidó con base en las normas declaradas inconstitucionales contraría el mandato de igualdad y resulta lesiva de derechos fundamentales como los de seguridad social y mínimo vital, situación que debe corregirse independientemente de los aspectos de orden financiero, pues como lo señala la Sección Segunda de esta Corporación, éste derecho no se puede afectar, ni siquiera en los casos de falta de cotización, en los siguientes términos:

“Finalmente, en la hipótesis de que respecto de algún factor de liquidación la administración judicial no le hubiere hecho el descuento a la demandante con destino a la Caja, tal circunstancia no puede afectar el derecho a la pensión en los términos de la ley y por ello, en la parte resolutive

se adicionará la sentencia para ordenar que la demandada descuenta los respectivos aportes.”

Adicionalmente, agrega la Sala que la situación financiera del sistema no puede anteponerse a la protección del derecho fundamental del pensionado a percibir una pensión acorde con las responsabilidades que asumió y su realidad salarial.

Por último, así como la reliquidación de la pensión debe tener en cuenta el fenómeno inflacionario, el valor de las cotizaciones no realizadas por el trabajador, también debe indexarse de acuerdo con la fórmula que jurisprudencialmente se ha aplicado por la Sección Segunda de esta Corporación en el caso de las mesadas pensionales, en tanto la revalorización de las obligaciones dinerarias es un factor de equidad y de justicia que opera a favor del sistema, como del trabajado y deberá efectuarse a partir del momento en que el servidor o ex funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores ingresó en la planta externa de esa entidad.

III. PRESCRIPCION TRIENAL DE LAS MESADAS PENSIONALES.

El decreto ley 3135 de 1968, contentivo del régimen prestacional de los empleados públicos, establece la figura de la prescripción extintiva de prestaciones sociales, en los siguientes términos:

“**Artículo 41.-** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual.”

El decreto reglamentario 1848 de 1969, al respecto dispone:

“**Artículo 102.-** Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

A la luz de la normas transcritas y de la premisa aceptada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y de esta Corporación

según la cual, el derecho a la pensión es imprescriptible, salvo la prescripción de las respectivas mesadas pensionales, resulta claro para la Sala que el Ministerio de Relaciones Exteriores y la entidad administradora de la misma, al reliquidar la pensión y proceder al pago de los ajustes de las mesadas respectivas deberá tener en cuenta el término de prescripción trienal, siguiendo la regla prevista en el artículo 2513 del Código Civil, conforme a la cual, “el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla.”

IV. APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

INGRESO BASE DE LA COTIZACION

La regla general sobre la igualdad del ingreso base para la cotización al sistema general de pensiones y sistema seguridad social en salud, prevista en el párrafo 1º del artículo 204 de la ley 100 de 1993 en citado por la entidad consultante prevé:

“**Artículo 204.- Parágrafo 1º.-** La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos afiliados obligatorios al Sistema General de

Seguridad Social en Salud será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley.”

Por su parte, el artículo 5° de la ley 797 de 2003, que sustituye el inciso 4 y párrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, dispone:

“Base de Cotización. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

“El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

“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. (...)

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

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

“**Parágrafo 1o.** En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal. Para estos efectos, será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base. (Resalta la Sala).

En concordancia con lo anterior, el decreto 510 de 2003, reglamentario de la ley 797, desarrolla el artículo 5° citado, establece que “la base de la cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma base de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud (...).”

Teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa, mediante la Sentencia C-292 de 2001, se declaró inexecutable el artículo 64 del decreto ley 274 de 2000, que establecía que durante el tiempo de permanencia del funcionario del servicio exterior fuera del país, se debería aportar el punto de solidaridad de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual se liquidaría tomando como base el ingreso a que se refiere el artículo 65 de ese estatuto, es decir, la asignación básica mensual que le correspondiere al funcionario en planta interna, el cual también fue declarado inexecutable en la misma providencia, así como las sentencias de constitucionalidad y de tutela a que hemos hecho referencia a lo largo de este concepto, la Sala considera que al no existir un régimen especial para los servidores del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores debe darse aplicación a la regla general sobre igualdad del

ingreso base para la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones para calcular el punto de la cotización que debe ser trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía creado para financiar los servicios de salud a los beneficiarios del régimen subsidiado

La Sala responde

Las personas que han trabajado en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores y que se encuentran pensionadas, incluidas las que lo fueron con la legislación anterior a las sentencias de constitucionalidad tienen derecho a la reliquidación de la pensión con base en el ingreso base de cotización correspondiente a la asignación básica percibida en moneda extranjera, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 7° de la ley 797 de 2003 y la línea jurisprudencial establecida por vía de tutela, con efectos inter-comunis. El mayor valor debe cancelarse a partir de la reliquidación respectiva, en la cual se debe tener en cuenta el fenómeno de la prescripción trienal de mesadas pensionales y el tope o límite de las cotizaciones previsto en la ley 100 de 1993.

Es procedente efectuar el descuento del mayor valor la cotización que en su momento le hubiere correspondido aportar a los pensionados de conformidad con su ingreso percibido en moneda extranjera por todo el tiempo servido en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

A las personas que todavía no tienen pensión –funcionarios activos del Ministerio de Relaciones Exteriores, extrabajadores del Ministerio de Relaciones Exteriores que se encuentran vinculados en otras entidades publicas o privadas y extrabajadores del Ministerio de Relaciones Exteriores que se encuentran retirados-, se les debe hacer el ajuste de todo lo que no han aportado de su ingreso percibido en moneda extranjera y remitir los valores resultantes de la reliquidación de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones.

A la luz del principio de solidaridad que informa el Sistema General de Seguridad Social, es procedente reajustar el aporte destinado al punto de solidaridad del régimen subsidiado de salud - Fosyga-, que deben realizar los servidores del servicio exterior y los exfuncionarios del mismo, siguiendo la regla general sobre la igualdad del ingreso base para la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud, establecida en la ley 100 de 1993.

La entidad de previsión social o administradora de pensiones correspondiente, cuando reliquide la pensión respectiva, deberá hacer los descuentos correspondientes a los aportes no efectuados al sistema. Con los ex -funcionarios y funcionarios en servicio activo de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, esta entidad deberá acordar mecanismos de pago de los aportes no descontados en su oportunidad de acuerdo con el salario real.

Como quiera que la reliquidación de la pensión y el cobro reajustado de las cotizaciones implica la modificación de situaciones jurídicas particulares contenidas en actos administrativos en firme, se precisa elevar solicitud expresa del funcionario o exfuncionario.

Siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Sección Segunda de esta Corporación, el derecho a la pensión no se puede afectar, ni siquiera en los casos de falta de cotización. En consecuencia, no es viable subordinar el reajuste de la pensión con base en la asignación percibida en moneda extranjera, al pago del mayor valor de las cotizaciones. Lo anterior opera, sin perjuicio de los descuentos a que hubiere lugar en el acto de reliquidación de la pensión.

8.9. Para determinar el monto de las cotizaciones adicionales que deben realizarse deberán

tomarse en cuenta el monto de las cotizaciones faltantes actualizadas, de acuerdo con la fórmula de actualización aceptada por la Jurisprudencia de la Secciones Segunda y Tercera de esta Corporación.

Transcríbese a la señora Ministra de Relaciones Exteriores. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

GUSTAVO APONTE SANTOS

Presidente de la Sala

Salva voto

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Secretaria de la Sala

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Con el respeto acostumbrado, me separo del concepto aprobado por la Sala, en síntesis por dos razones a saber: la primera, considero que una sentencia proferida en acción de tutela no puede condenar a un grupo indeterminado de personas, y la segunda, porque la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no puede avalar, en un concepto, esta creación genérica de obligaciones y derechos. Paso a referirme, muy brevemente a estos temas.

Los efectos de las sentencias de tutela.

La Sala Segunda de Revisión de tutelas, conformada por tres de los nueve magistrados que integran la Corte Constitucional, en sentencia T-098/06 de fecha 16 de febrero de 200, cuyo peticionario fue el Sr. Armando Echeverri Jiménez y el demandado el Ministerio de Relaciones Exteriores, tomó las siguientes decisiones en su parte resolutive:

“Primero: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia REVOCAR los fallos proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Laboral y la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Armando Echeverri Jiménez, en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores. En consecuencia, se CONCEDE el amparo a los derechos fundamentales a la dignidad, seguridad social, mínimo vital y debido proceso en conexidad con el derecho a la igualdad.”

“Segundo: ORDENAR al Ministerio de Relaciones Exteriores que, si aún no lo ha hecho, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, proceda a enviar al Instituto de Seguros Sociales - ISS, la información que constitucionalmente corresponde para la pensión que le corresponda al señor Armando Echeverri Jiménez, como son los salarios que realmente devengó al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, para que esta nueva circunstancia material sea tenida en cuenta por el ISS en una correcta liquidación de la pensión que le corresponda al actor.”

“Igualmente, considerando que los aportes remitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores al ISS correspondieron a un salario menor al devengado por el señor Armando Echeverri Jiménez, el mismo tiene derecho a que se le remitan los aportes bien liquidados según el salario real del trabajador, obligación compartida por el empleador y el trabajador, DISPONER que tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como el señor Armando Echeverri Jiménez quedan obligados a cancelar al ISS, en la proporción que les corresponda, la parte no aportada de las cotizaciones, a lo cual procederán una vez el ISS indique a cada uno la suma que adeudan por concepto de aportes, sin que dicha suma incluya valores correspondientes a sanciones ni a intereses de mora.”

“Tercero: Teniendo en cuenta la existencia de una línea jurisprudencial consolidada, en el sentido de sostener que la liquidación de aportes para pensión de quienes hicieron parte del cuerpo diplomático en el exterior debe hacerse tomando como base el salario realmente devengado y nunca un salario inferior, se PREVIENE al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre sus efectos vinculantes, para que la precitada doctrina sea observada y aplicada en casos semejantes.”

“Cuarto: LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados. (Resaltados en el original).

De la lectura completa de la sentencia de tutela de tal Sala de Revisión, y en especial de la parte resolutive, surgen múltiples dudas, las cuales planteo en forma interrogativa así:

¿Puede una sentencia de tutela definir definitivamente un asunto, cuando existe otro medio de defensa judicial y no medie un perjuicio irremediable?

¿Puede una sentencia de tutela, condenar al peticionario de la protección de su derecho fundamental, a pagarle a un tercero no parte del proceso, una cierta suma de dinero, cuando ninguna de las partes lo solicitó, y obviamente el tercero tampoco, porque no concurrió al juicio?

¿Puede una sentencia de tutela, ordenarle al tercero que no fue parte que pague una pensión, o un reajuste pensional?

¿Puede una sentencia de tutela, sin que medie la prueba del valor del capital necesario para que el tercero pague el reajuste pensional, ordenar un pago de aportes dejados de realizar?

¿Puede una sentencia de tutela, ordenarle a una de las partes, La Nación representada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, a unos terceros que no son parte del proceso, como el Instituto de los Seguros Sociales, o eventualmente las cajas de previsión o los fondos privados de pensiones, y a unos pensionados que tampoco fueron parte, que paguen unos dineros para reajustar unas pensiones de jubilación?

¿Qué significa la expresión PREVENIR sobre los efectos vinculantes de esa tutela que utiliza la resolución tercera transcrita: una amenaza, una orden, una condena?

A juicio del suscrito Magistrado, la respuesta a la totalidad de los interrogantes planteados es negativa, y a riesgo de ser reiterativo y exponer lo evidente, en forma esquemática sustento la respuesta dada a las anteriores preguntas, así:

¿Puede una sentencia de tutela definir definitivamente un asunto, cuando existe otro medio de

defensa judicial y no medie un perjuicio irremediable?

El artículo 86 de la Carta, en su tercer inciso dispone: “esta acción (la de tutela) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, del que se desprende con toda evidencia que la tutela solo tiene dos situaciones en las que procede, la primera cuando no hay otro medio de defensa judicial, y la segunda, en forma transitoria cuando se busque evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del reajuste pensional de los exdiplomáticos, existe otro medio de defensa judicial, esto es, accionar contra la entidad pagadora de su pensión, Instituto de los Seguros Sociales o la caja de previsión respectiva, quien podría denunciar el pleito a la Nación representada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, proceso en el que también podrían discutirse todos los pormenores de estos reajustes, sin las limitantes procesales del trámite incidental de la tutela.

La Corte Constitucional, en vez de hacer un pronunciamiento provisional si consideraba que había un perjuicio irremediable dada la avanzada edad del peticionario, o de rechazar la tutela porque no existía tal situación, definió de manera permanente el conflicto.

Es clara la oposición entre el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política con la parte resolutive del fallo de tutela que se comenta y que además sirve de base del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del que me aparto, puesto que la norma constitucional solo permite que la sentencia de tutela sea definitiva cuando no exista otro medio de defensa judicial, y en el caso que se comenta, existiendo ese otro medio, en vez de que la decisión fuere transitoria, se profirió una serie de condenas en forma definitiva. La Corte Constitucional actuó por fuera de sus competencias, y éste por lo menos debió ser un tema de reflexión dentro del concepto del que me aparto.

¿Es la acción de tutela un proceso de conocimiento? (Respuesta a las preguntas b, c, d, y e).

En las preguntas relacionadas el asunto que se plantea hace referencia a las limitaciones procesales de la acción de tutela derivadas de su propia naturaleza de ser un amparo, cercano a los llamados “interdictos” cuya finalidad es simplemente la de dar una orden o proteger un determinado estado de cosas o statu quo frente al abuso o amenaza de un tercero desprovista por tanto de instituciones procesales tan importantes como un verdadero período probatorio, una discusión jurídica de fondo en los traslados para alegar de conclusión, la citación o intervención de terceros, la demanda de reconvenición, etc. Son tan grandes las limitaciones procesales de esta acción que no hay campo para discutir las causales de exoneración de la responsabilidad, como la causa extraña, el hecho exclusivo de la víctima o el de un tercero, esenciales a toda sentencia de responsabilidad.

Con el único fin de ilustrar los límites del procedimiento de tutela, baste con resaltar que en la segunda condena de la sentencia de tutela, se ordena “DISPONER que tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como el ... (demandante) quedan obligados a cancelar al ISS, en la proporción que les corresponda, la parte no aportada de las cotizaciones, a lo cual procederán una vez el ISS indique a cada uno la suma que adeudan por concepto de aportes, sin que dicha suma incluya valores correspondientes a sanciones ni a intereses de mora”, sin saber si este capital, representado por el mayor valor de las cotizaciones, realmente alcance para pagar el reajuste pensional, dado que no se realizó un dictamen pericial que así lo indique. El valor que fije el ISS, es incontrovertible, o puede discutirse en otra tutela?

El suscrito magistrado no entiende cómo se profieren unas condenas definitivas, incluso con efectos erga omnes, en un proceso que no puede ser de condena pues no fue estructurado para esto, sino tan sólo para dar una “orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo” según el mandato constitucional. Decisiones como ésta y todas las anteriores en las que se fundamenta, han sido dictadas por fuera de la competencia de la Corte, por lo que mal puedo suscribir sin salvar el voto, el concepto en el que se avalan, sin reflexión, sentencias de tutela como la comentada.

¿Qué significa la expresión PREVENIR sobre los efectos vinculantes de esa tutela que utiliza la resolución tercera transcrita: una amenaza, una orden, una condena?

Cuando se repasa el artículo 86 de la Carta, fácilmente se desprende que la acción de tutela es un mecanismo eminentemente subjetivo de protección de los derechos constitucionales fundamentales. Cada persona a quien se le ha amenazado o vulnerado uno de estos derechos, puede pedir que el juez emita una orden para impedir que se le viole o continúe la conducta vulnerante. La finalidad de la tutela implica que esa sentencia tenga obviamente efectos inter partes. Nuevamente hay una falta de competencia de la Corte Constitucional al pretender hacerla obligatoria a la administración y a los terceros que, sin ser parte del proceso también resultan condenados, como por ejemplo el Instituto de los Seguros Sociales o incluso los mismos pensionados que no han reclamado, quienes deben pagar un mayor aporte.

La orden dada cobija a todos los pensionados en cualquier tiempo, por lo que tiene un clarísimo efecto retroactivo, pretendiendo modificar todas las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad al fallo, incluso aquellas realizadas antes del cambio constitucional operado en 1991, sin considerar que en el anterior régimen, las pensiones de jubilación se trataban jurídicamente como un derecho subjetivo, protegido bajo la noción del derecho adquirido, pero que no hacía parte de un derecho constitucional a la seguridad social, definido hoy por el artículo 48 superior. Decía el artículo 62 de la anterior Carta política que “la ley determinará las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público.”

La rara mezcla de filosofías políticas que hace la Corte Constitucional en la sentencia que comento, y que el concepto de la Sala acoge sin el menor juicio, entre el estado de bienestar y el neoliberalismo, en la que garantiza los derechos constitucionales fundamentales pero el particular tiene que pagar por ellos, no se practicaba bajo el amparo de la anterior constitución.

Esta retroactividad de la “prevención” que hace la sentencia de tutela en la que se funda el concepto del que me separo, es claramente inconstitucional, pues introduce en las relaciones jurídicas existentes y consolidadas unas obligaciones nuevas, que ninguna de las partes de esa relación pudieron tener en consideración al momento de comprometerse en ellas.

Fecha ut supra.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO



Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

