



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C., cuatro (4) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 25000234200020150109301

No. Interno: 1712-17

Apelación sentencia. Reliquidación pensión gracia

**Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional
y Contribuciones Parafiscal de la Protección Social (UGPP)**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección C, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada contra la señora Ana Cecilia Zamora Sabogal.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Pretensiones

La parte actora en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la modalidad de lesividad, solicitó se declare la nulidad de la Resolución 20727 de 28 de agosto de 2001, por la cual la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), reliquidó la pensión gracia de la señora Ana Cecilia Zamora Sabogal, con base en los factores salariales devengados en el último año de servicios.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene la restitución en forma indexada, del mayor valor pagado con ocasión de la reliquidación pensional por retiro del servicio docente, así como el pago de las costas procesales y agencias en derecho; y, que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

1.1.2.1. La señora Ana Cecilia Sabogal Zamora nació el 2 de abril de 1945 y prestó sus servicios como docente nacionalizada en la Secretaría de Educación de Bogotá entre el 23 de febrero de 1968 y el 30 de diciembre de 2000.

1.1.2.2. Por medio de la Resolución 004348 de 2 de mayo de 1996 la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, le reconoció la pensión gracia en cuantía de \$346.162, efectiva a partir del 2 de abril de 1995.

1.1.2.2. A través de la Resolución 20727 de 28 de agosto de 2001 Cajanal reliquidó la pensión gracia por retiro del servicio, y en consecuencia elevó la cuantía a la suma de \$1.562.230, con efectos fiscales a partir del 30 de diciembre de 2000.

1.1.2.4. En cumplimiento del fallo de tutela del 4 de noviembre de 2003 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, Cajanal a través de la Resolución 12116 de 18 de abril de 2005 reliquidó la pensión de la demandada con la inclusión de «todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, elevando la cuantía a \$391.702, efectiva a partir del 2 de abril de 1995».

1.1.2.5. Por medio de la Resolución UGM 029983 de 30 de enero de 2012 Cajanal EICE denegó la reliquidación de la pensión gracia, teniendo en cuenta que ya fueron liquidados e incluidos todos los factores salariales acreditados por la interesada, durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus jurídico de pensionada.

1.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

Como normas vulneradas citó los artículos 1, 2, 6, 48, 121, 209; el acto legislativo 01 de 2005; las Leyes 114 de 1913, 24 de 1947, 4.^a de 1966; 33 de 1985 y 71 de 1988; y los Decretos 1743 de 1966 y 224 de 1972.

Al desarrollar el concepto de violación, expuso que la pensión gracia constituye una excepción al permitir que el docente a quien se le haya reconocido la prestación, continúe laborando y devengando salario. En este sentido, adujo que al haberse reliquidado la pensión por retiro definitivo del servicio, siendo que lo correcto es tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año a la adquisición del estatus de pensionada, compromete los recursos del Estado, desconoce los principios que rigen la actuación administrativa, la defensa del interés general, la moralidad administrativa, la igualdad y la sostenibilidad financiera del Estado.

Adujo que no es viable la reliquidación pensional para la fecha del retiro, porque los factores devengados en el año anterior a la desvinculación se tienen en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión ordinaria y de ninguna manera para la pensión gracia, dado que esta por ser de carácter especial y tener reglamentación propia, debe regirse por el tratamiento que le dio el legislador.

1.2. La contestación de la demanda

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso como argumentos de defensa, que el reconocimiento efectuado a través de la resolución acusada es producto de reunir los supuestos legales consagrados en las Leyes 114 de 1913 y 91 de 1989.

Adujo que es desproporcionado e injusto que se ordene la devolución de los «supuestos dineros percibidos en exceso» pues fue la entidad la que avaló su reconocimiento en consideración a la ley y a los derechos constitucionales al debido proceso y defensa.

Propuso como excepciones buena fe, ausencia de daño y prescripción.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección C, mediante sentencia del 19 de agosto de 2016, declaró la nulidad de la Resolución 20727 de 28 agosto de 2001, por la cual se reliquidó la pensión de jubilación de la señora Ana Cecilia Zamora Sabogal y en consecuencia, ordenó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional –UGPP «para que en virtud de lo dispuesto en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, proceda a ejecutar de inmediato los actos necesarios ante el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP para el cabal cumplimiento de la Resolución 012116 de 18 de abril de 2005, esto es el pago de la pensión gracia a la señora Ana Cecilia Zamora Sabogal, en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual de los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional»¹. Denegó las demás pretensiones de la demanda.

Arribó a las siguientes conclusiones:

1.3.1. Del análisis de lo dispuesto en la Leyes 114 de 1913, 69 de 1945 y de la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, se tiene que en la liquidación de la pensión gracia se deben incluir todos los factores salariales percibidos por el docente, durante el último año anterior a aquel en que cumplió con los requisitos de tiempo y edad, vale decir los que regían para el momento en que consolidó el derecho.

¹ Folio 248

En efecto, la liquidación de la pensión gracia solo es posible respecto de los factores devengados al momento de la consolidación del estatus pensional y no de la época de retiro, como si ocurre en las pensiones ordinarias, en cuyo caso existe afiliación y, por ende, aportes que llevan a la mejora en el monto de la pensión al momento de la desvinculación.

1.3.2. No procede la pretensión de restablecimiento del derecho, como quiera que en virtud de lo dispuesto en el literal c) del numeral 1 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, y en el *sub lite* no hay medio de prueba alguno del cual se pueda inferir que la demandada actuó de mala fe ante la administración para lograr la reliquidación pensional.

1.4. La apelación

La UGPP, actuando por intermedio de apoderado especial, solicitó se acceda a la pretensión de reintegro de las sumas pagadas por virtud del acto administrativo que reliquidó la pensión de la demandada.

Señaló que debe presumirse la mala fe de la pensionada porque en reiteradas peticiones pretendió la reliquidación pensional, buscando inducir en error a la entidad, y que su desenlace fue un reconocimiento ilegal que va en contravía del patrimonio público y de manera evidente causa un desequilibrio financiero para el Estado.

Adujo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA se debe ordenar el reintegro de los valores recibidos en exceso desde que se

percibió el primer valor producto de la expedición del acto administrativo acusado.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del Ministerio Público

Las partes reiteraron lo expuesto en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, respectivamente.

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de apelación le corresponde a la Sala determinar si procede el reintegro de los dineros percibidos por la señora Ana Cecilia Zamora Sabogal, por concepto de la reliquidación pensional efectuada a través de la Resolución 20727 de 28 de agosto de 2001.

Para efectos de desarrollar el problema jurídico sometido a consideración de la Sala, se analizará el principio de la buena fe en los siguientes términos:

2.2. Principio general de la buena fe.

De conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política, se tiene que «las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse

a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas»

La noción de la buena fe es definida como el «el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión o la rectitud de una conducta. Exige, entonces, una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso. En ocasiones se le denomina principio de probidad»²

En el derecho administrativo, este principio hace referencia a que el poder público no puede defraudar la legítima confianza que los ciudadanos aprecian objetivamente en su actuación, en razón a que se fundamenta en criterios sólidos e incuestionables «que induzcan racionalmente al administrado a confiar en la apariencia de legalidad de una actuación administrativa concreta. No puede deducirse de manera subjetiva o psicológicamente, suponiendo intenciones no objetivas».³

Sobre el particular, esta Corporación⁴ ha señalado que el principio de la buena fe es un postulado que «tiene límites demarcados por principios de igual categoría constitucional, como la prevalencia del interés general, la vigencia de un orden justo y el desarrollo de la función administrativa con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia y economía», pues no puede analizarse de manera separada sino en conexidad con el ordenamiento constitucional vigente puesto que cumple una función esencial en la interpretación jurídica.

² Wikipedia. Enciclopedia libre

³³ Véase la sentencia del 20 de mayo de 2010, Expediente 0807-08 Consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren.

⁴ Expediente 3130-13 actor: Caja Nacional de Previsión Social, Consejero ponente: Gustavo Gómez Aranguren

En razón de lo anterior, se tiene que el literal c) del ordinal 1.º del artículo 164 del CPACA señala que la demanda podrá ser presentada en cualquier tiempo, cuando «[...] Se dirija actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. [...]» Este postulado tiene como finalidad amparar a aquellas personas que han percibido prestaciones periódicas como consecuencia de decisiones adoptadas de manera errónea por la administración.

2.3. Caso concreto

De acuerdo a las consideraciones que anteceden, procede la Sala a analizar si en el presente caso se desvirtuó la buena fe de la señora Ana Cecilia Zamora Sabogal, en la actuación administrativa y judicial que condujo a la reliquidación pensional a través del acto demandado, Resolución 20727 de 28 de agosto de 2001.

Dentro del material probatorio aportado al expediente, se tiene que a través de la Resolución 004348 de 2 de mayo de 1996⁵⁵ la Caja Nacional de Previsión Social reconoció en favor de la señora Zamora Sabogal la pensión gracia, efectiva a partir del 2 de abril de 1995, atendiendo a lo dispuesto en las Leyes 114 de 1913, 4.^a de 1966 y 91 de 1989.

Por medio de la Resolución 4527 de 23 de noviembre de 2000⁶⁶, la Secretaría de Educación de Bogotá le aceptó la renuncia a partir del 30 de diciembre de 2000 «en el cargo de docente ubicada en el Centro Educativo Distrital Jose

⁵⁵ Ff. 39-41 vto

⁶⁶ F-53

Asunción Silva, código Dane 11100115184, jornada completa, nivel básica primaria».

A través de la Resolución 20727 de 28 de agosto de 2001⁷ Cajanal reliquidó la pensión gracia en un monto igual al 75% del promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios anterior al retiro definitivo (1.º de enero al 31 de diciembre de 2000) por concepto de asignación básica, sobresueldo 15% y reajuste del 50%, pese a que adquirió el estatus pensional el 2 de abril de 1995.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá en fallo de tutela del 4 de diciembre de 2003⁸ ordenó a Cajanal reliquidar la pensión de la demandada, frente a lo cual se profirió la Resolución 012116 de 18 de abril de 2005⁹ y en su artículo 4.º se dispuso «reliquidar la pensión con base en todos los factores salariales devengado en el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional». Esta decisión fue notificada el 2 de mayo de 2005 a la apoderada de la señora Zamora Sabogal.

De conformidad con el certificado expedido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional –FOPEP, el 4 de noviembre de 2014¹⁰ la pensión de la señora Zamora Sabogal se encuentra en estado «ACTIVO» y se le cancela la mesada pensional en virtud de lo dispuesto en la Resolución 20727 de 28 de agosto de 2001.

De lo anterior, se deduce que aun cuando Cajanal a través de la Resolución 12116 de 18 de abril de 2005, reliquidó la pensión gracia de la demandada en

⁷⁷ Ff. 56-57 vto

⁸ Ff. 61-87 vto

⁹⁹ Ff. 89-92

¹⁰¹⁰ Folios 23-27

los términos que establece el ordenamiento jurídico, esto es, en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional (3 de abril de 1994 -2 de abril de 1995), se encuentra que, como bien lo expuso el tribunal, en la actualidad se reconoce y paga la mesada pensional con fundamento en la reliquidación efectuada a través de la Resolución 2027 de 28 de agosto de 2001, lo cual desconoce la ley, si se tiene en cuenta que la reliquidación pensional se efectuó con base en lo devengado en el año anterior a la fecha del retiro (30 de diciembre de 2000).

Del recuento previamente señalado, no esta plenamente acreditada la mala fe de la señora Ana Cecilia Zamora Zabogal, pues precisamente del contenido de la certificación expedida por FOPEP, se evidencia una omisión por parte de la administración en cuanto al cumplimiento de la Resolución 012116 de 18 de abril de 2005. En efecto, en virtud de una orden de tutela se ordenó la reliquidación pensional con base en todos los factores de salarios devengados en el año anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional (2 de abril de 1995), decisión que se ajusta a lo dispuesto en la ley y la jurisprudencia vigente; y, por ende, es de obligatorio cumplimiento en virtud de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

En vista de lo anterior, considera la Sala que no se logró acreditar una acción temeraria o de mala fe en la actuación administrativa que permitiera acceder al reintegro de las prestaciones pagadas como consecuencia de la reliquidación pensional, razón por la cual se atendió a lo dispuesto en el numeral 1.º literal c) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

En consecuencia, la Sala considera que al no haberse desvirtuado la presunción de buena fe por parte de la entidad demandante y de acuerdo con

el análisis esbozado en esta providencia, no se accederá a la devolución de los dineros recibidos de buena fe por la demandada y se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de mantener en firme la decisión que anuló el acto administrativo que reliquidó la pensión gracia de la señora Ana Cecilia Zamora Sabogal.

4. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016¹¹, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Así mismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones

¹¹ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero ponente: William Hernández Gómez.

de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas; que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

No obstante, cuando es la entidad pública la que demanda su propio acto en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, esta Subsección definió la siguiente regla en materia de costas¹²:

En este caso tenemos que debido a la naturaleza del medio de control ejercido, que es el de nulidad y restablecimiento del derecho pero en la modalidad de **lesividad**, en tanto la Caja Nacional de Previsión Social EICE en Liquidación ataca sus propios actos administrativos mediante los cuales reconoció y reliquidó una pensión gracia, es decir, la entidad pública propende por anular unos actos administrativos que, no obstante su contenido particular, dada su ilegalidad afectan igualmente intereses públicos, en la medida en que reconocen y ordenan el pago de sumas a las que el beneficiario no tiene derecho, y ello deriva en una afectación patrimonial, no sólo de la Institución pública que cometió el yerro respectivo, sino de todos los ciudadanos que aportan al sistema pensional Colombiano, es el interés superior público patrimonial el que está en juego.

Así las cosas, no es posible afirmar que la titular de la prestación que se debate sea la parte “vencida” en el litigio –como lo exige la norma-, y por ello la señora Álvarez Ponce no tiene la obligación de pagar costas en el proceso. En tal sentido, se revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño.

Así las cosas, no es viable en estos casos condenar en costas en ninguna de las instancias, pues en este tipo de eventos en los cuales se ventilan intereses

¹² Sentencia de 21 de abril de 2016, Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, expediente: 3400-2013, Actor: Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE en Liquidación, demandado: Ligia Eugenia Álvarez Ponce.

públicos, como lo es el patrimonio estatal, no es posible afirmar que el titular de la prestación sea la parte «vencida» en el litigio, aun cuando resulte afectado con la decisión¹³.

Teniendo en cuenta que en el *sub judice* la UGPP demandó la nulidad del acto administrativo, por medio del cual reliquidó la pensión gracia a favor de la señora Zamora de Sabogal, ella no tiene la obligación de pagar costas de que trata el artículo 365 del Código General del Proceso, y por tal razón, no se condenará en costas.

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,

F A L L A

1. CONFIRMAR la sentencia de diecinueve (19) de agosto de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección C, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, contra la señora Ana Cecilia Zamora Sabogal.

¹³ No aplica cuando se haya demostrado mala fe en las actuaciones administrativas y judiciales del beneficiario de la prestación.

2. No hay lugar a condenar en costas de segunda instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3. Se reconoce personería al abogado German Vicente Manrique Gualdrón, como apoderado de la UGPP en los términos y para los efectos de la sustitución que obra a folio 288.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS