



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 68001233300020140074702

No. Interno: 0176-16

Apelación sentencia. Reliquidación pensión gracia

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

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió parcialmente a las súplicas de la acción instaurada contra la señora Benedicta Rueda Pereira.

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 que se declare la nulidad de la Resolución 20226 de 26 de julio de 2002, por la cual la Caja Nacional de Previsión Social, reliquidó la pensión gracia a favor del señora Benedicta Rueda Pereira.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la demandada la devolución de los dineros recibidos por concepto de reliquidación pensional; y que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo previsto en la Ley 1437 de 2011.

1.1.2. Hechos

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

1.1.2.1. EL 22 de julio de 1992 la señora Benedicta Rueda Pereira solicitó ante la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL) el reconocimiento y pago de la pensión gracia, aportando tiempos de servicio como docente nacionalizada en la Secretaría de Educación Departamental de Santander entre el 1.º de febrero de 1962 y el 30 de marzo de 1965; y del 6 de agosto de 1965 al 16 de diciembre de 2001.

1.1.2.2. Por medio de la Resolución 9212 de 9 de marzo de 1993, la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció la pensión gracia a partir del 21 de marzo de 1992, por valor de \$119.267.33.

1.1.2.2. A través de la Resolución 20226 de 26 de julio de 2002 Cajanal reliquidó la pensión de la demandada por retiro definitivo del servicio, elevando la cuantía a \$1.132.342, efectiva a partir del 17 de diciembre de 2001.

1.1.2.3. En cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá el 28 de abril de 2004, Cajanal profirió la Resolución 017941 de 23 de junio de 2005, por medio de la cual reliquidó la pensión por nuevos factores salariales devengados en el año anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional, esto es, a partir del 21 de marzo de 1992.

1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Como tales se señalaron los artículos 4, 48 y 12 de la Constitución Política; Acto Legislativo 01 de 2005; los Decretos 309 de 1985 y 1743 de 1966; y, las Leyes 114 de 1913, 6.^a de 1945, 24 de 1947 y 4.^a de 1966.

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 anterior a la adquisición del estatus de pensionada, compromete la sostenibilidad financiera del Estado, la defensa del interés general, la moralidad administrativa y el derecho a la igualdad en materia pensional.

Manifestó que no es viable la reliquidación pensional para la fecha de desvinculación del docente, como quiera que los factores devengados en el año anterior al retiro del servicio 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 responsabilidad y «principio de confianza legítima en la actuación de administración como límite a la potestad invalidatoria».¹

1.3. La sentencia apelada

¹ Folio 169 vto

El Tribunal Administrativo de Santander en la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, profirió sentencia en la cual declaró la nulidad de la Resolución 20226 de 26 de julio de 2002 y en consecuencia, ordenó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional –UGPP asegurar el pago de la pensión gracia a la señora Rueda Pereira de la manera en que le fue reconocida mediante las Resoluciones 9212 de 9 de marzo de 1993 y 017942 de 29 de junio de 2005. 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.

En efecto, indicó que 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.

En razón a lo expuesto, ordenó la continuidad del pago de la pensión gracia de conformidad con lo expuesto en la Resolución 017942 de 29 de junio de 2005, como quiera que tal acto administrativo ordenó la reliquidación de la pensión gracia, incluyendo todos los factores salariales devengados en el

último año anterior a la adquisición del estatus pensional de la señora Rueda Pereira, de conformidad con las normas previamente resaltadas.

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 presente caso 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

El apoderado especial de la parte demandada solicitó se revoque la sentencia apelada, en los siguientes términos:

Señaló que atendiendo a lo dispuesto en la teoría de los derechos adquiridos y en aras de preservar el principio de progresividad, la reliquidación pensional efectuada en la resolución acusada debe conservar su legalidad, por tratarse de una situación especial de una persona de la tercera edad que atendiendo al principio de la buena fe ha percibido una mesada pensional en los términos consagrados en las Leyes 114 de 1913 y 37 de 1933.

Adujo que deben aplicarse las normas generales que consagran la reliquidación pensional, tales como la Leyes 24 de 1947, 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, como quiera que se ajustan al debate que se analiza en el presente proceso.

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

La parte actora reiteró los argumentos expuestos en el escrito de la demanda. (ff. 236-239).

El Ministerio Público y la parte demandada guardaron 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 reliquidar la pensión de la señora Benedicta Rueda Pereira con base en el 75% del promedio mensual devengado en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio.

2.2. Marco normativo y jurisprudencial

Para desatar la cuestión litigiosa, es necesario hacer el siguiente recuento normativo:

La pensión gracia es calificada como una prestación de carácter especial otorgada a los docentes, como reconocimiento a sus esfuerzos, capacidad, dedicación y conocimientos al servicio de la actividad educativa, por un lapso

no menor de 20 años, entre otras exigencias. Su regulación se encuentra consagrada en el artículo 1.º de la Ley 114 de 1913², en los siguientes términos:

Los Maestros de Escuelas Primarias Oficiales que hayan servido en el Magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley.

El numeral 3 del artículo 4.º de la aludida ley determina que para gozar de la pensión gracia, es preciso que el interesado compruebe «Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional [...]».

El soporte del reconocimiento de la citada prestación fue compensar los bajos niveles salariales que percibían los profesores de primaria en las entidades territoriales, respecto de las asignaciones que a su vez, recibían los docentes vinculados directamente con la Nación; y esta diferencia existía porque en virtud de la Ley 39 de 1903³, la educación pública primaria estaba en cabeza de los municipios o departamentos, mientras que la secundaria se encontraba a cargo de la Nación.

A continuación, la Ley 116 de 1928⁴ amplió el beneficio de la pensión gracia a los maestros de escuelas normales e inspectores, así:

Artículo 6. Los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección.

² «que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela».

³ «sobre Instrucción Pública».

⁴ «Por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la Ley 102 de 1927».

Al remitirse la norma transcrita a la Ley 114 de 1913, dejó vigente su exigencia de no recibir otra pensión nacional para poder acceder a la pensión gracia de jubilación, es decir, mantuvo esa incompatibilidad, que tiene su fuente en la prohibición de la Constitución de 1886 de no recibir doble asignación del erario, norma que a su vez fue reproducida en el artículo 128 de la Carta Política de 1991.

Más adelante la Ley 37 de 1933 «Por la cual se decreta el pago de una pensión a un servidor público y sobre jubilación de algunos empleados». tampoco introdujo modificaciones a las condiciones establecidas en las Leyes 114 de 1913 y 116 de 1928, sino que hizo extensiva la pensión de gracia a los maestros que prestaran sus servicios en el nivel secundario.

Con posterioridad, se expidió la Ley 4.^a de 1966 «por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones» y en su artículo 4 dispuso:

A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

La mentada disposición fue posteriormente reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, en cuyo artículo 5 dispuso que las pensiones serían liquidadas tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios. Es preciso reseñar, que la aplicación especial de la norma anterior, impide hacer uso de disposiciones del régimen ordinario, tales como la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985, el artículo 9 de la Ley 71 de 1988 y el artículo 10 el Decreto 1160 de 1989, dado que la pensión gracia es una prestación especial en la que no se liquida con base en el valor

de aportes durante el último año de servicios, toda vez que esta pensión, a pesar de encontrarse a cargo del Tesoro Nacional, no requiere afiliación del beneficiario a la Caja Nacional de Previsión Social ni hacer aportes para el efecto.

Así las cosas, a las reglas de los artículos 1.º de la Ley 33 de 1985, 9.º de la Ley 71 de 1988 y 10 del Decreto 1160 de 1989, no están sujetos los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que disfruten de un régimen especial de pensiones, como es el caso de la parte demandada, a quien le fue reconocida la pensión gracia.

Siguiendo las anteriores directrices, es claro que en la liquidación de la pensión gracia se deben incluir todos los factores salariales percibidos por la beneficiaria, durante el año inmediatamente anterior a aquél en que cumplió con los requisitos de tiempo y edad, vale decir los que regían para el momento en que consolidó el derecho.

En suma, las normas especiales que gobiernan el reconocimiento de la pensión gracia, se aplican bajo el entendido de que el setenta y cinco (75%) del promedio obtenido en el último año de servicios, es el año inmediatamente anterior a aquél a la consolidación del status de pensionado. Consecuentemente, la reliquidación de la pensión gracia sólo es posible respecto de factores devengados al momento de la consolidación del estatus pensional y no de la época del retiro, como sí 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».⁵

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, expediente 2142-06, sentencia de marzo 6 de 2.008, Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado

2.3. Caso concreto

En el presente asunto se encuentra acreditado que la Caja Nacional de Previsión Social a través de la Resolución 9212 de 9 de marzo de 1993 ordenó el reconocimiento y pago de la pensión gracia a favor de la señora Benedicta Rueda Pereira, en cuantía de \$119.267.33 y con efectos fiscales a partir del 21 de marzo de 1992 (ff.49-50).

El 18 de febrero de 2002 la parte demandada solicitó la reliquidación de la pensión con el fin de que sean incluidos nuevos tiempos de servicio al departamento de Santander, esto es, dentro del periodo comprendido entre el 1.º de abril de 1992 y el 16 de diciembre de 2001, fecha de su retiro definitivo del servicio (ff. 58-59).

La Caja Nacional de Previsión Social mediante la Resolución 20226 de 26 de julio de 2002 reliquidó la pensión gracia por retiro definitivo del servicio docente, con fundamento en lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 (ff.58-59). Para el efecto, tuvo en cuenta el 75% del salario promedio devengado entre el 16 de diciembre de 2000 y el 17 de diciembre de 2001.

En cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, CAJANAL EICE expidió la Resolución 17941 de 23 de junio de 2005, por la cual reliquidó la pensión de la demandada con base en los factores salariales devengados durante el último año anterior a la adquisición del estatus pensional -21 de marzo de 1992- (ff.65-67).

En virtud de lo expuesto y atendiendo los argumentos normativos señalados en el acápite anterior, es claro que la reliquidación de la pensión gracia con la

inclusión de los factores devengados durante el último año anterior a la adquisición del estatus pensional, por su carácter especial, impide que se aplique el artículo 9.º de la Ley 71 de 1988⁶, tal y como lo solicita la parte demandada en el recurso de apelación.

En efecto, la pensión gracia de la señora Rueda Pereira no puede ser liquidada de acuerdo al régimen general invocado, pues el derecho a esta prestación se perfecciona con el cumplimiento de todos los requisitos que estableció el legislador y constituye un derecho invariable, salvo los ajustes anuales de ley, por lo que se impone liquidarla con todos los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del derecho pensional, como efectivamente se señaló en la Resolución 17941 de 23 de junio de 2005.

4. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016⁷, 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

⁶ **Artículo 9** .- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.

⁷ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero ponente: William Hernández Gómez.

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 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 costas⁸:

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

⁸ 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, demandada: Ligia Eugenia Álvarez Ponce.

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 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 decisión⁹.

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 del señora Benedicta Rueda Pereira, 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,

⁹ No aplica cuando se haya demostrado mala fe en las actuaciones administrativas y judiciales del beneficiario de la prestación.

FALLA

1. CONFIRMAR la sentencia del veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, 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 Benedicta Rueda Pereira.

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

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

