



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

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

Radicación: 76001233300020140024501

No. Interno: 0143-16

Apelación sentencia. Reliquidación pensión de jubilación

**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 del Valle del Cauca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada contra la señora Myriam Estrada Ospina.

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 23689 de 3 de junio de 2008, por la cual la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), en cumplimiento de un fallo de tutela, reliquidó la pensión de jubilación de la señora Myriam Estrada Ospina, teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicios, entre ellos, el 100% de la bonificación por servicios y el 100% de la bonificación por gestión judicial.

De igual manera, deprecó la nulidad de la Resolución 033000 de 22 de julio de 2013, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscal de la Protección Social, que dispuso reliquidar la pensión de jubilación de la demandada, incluyendo el 100% de la bonificación por servicios y de gestión judicial.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se declare que a la demandada no le asiste el derecho a que su pensión sea reliquidada en los términos ordenados por vía constitucional y por lo tanto debe reintegrar todas las sumas pagadas en exceso.

1.1.2. Hechos

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

1.1.2.1. La señora Myriam Estrada Ospina nació el 27 de junio de 1946 y laboró como docente nacionalizada entre el 3 de febrero de 1970 y el 30 de agosto de 1979; posteriormente se vinculó a la Rama Judicial entre el 1.º de septiembre de 1979 y el 30 de junio de 2007, cuyo último cargo fue el de Juez Primera de Menores de Cartago Valle.

1.1.2.2. La Caja Nacional de Previsión Social mediante la Resolución 19237 de 18 de julio de 2002, le reconoció la pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971, en la suma de \$2.600.212.

1.1.2.3. La demandada solicitó a Cajanal la reliquidación de la pensión, con el fin de que sean incluidos nuevos factores salariales, pero ante el silencio de la entidad interpuso una acción de tutela ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartago (Valle).

1.1.2.4. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago mediante providencia del 8 de mayo de 2008 accedió al amparo constitucional y en consecuencia ordenó a Cajanal reliquidar la pensión de la señora Estrada Ospina, con base en el 75% de la asignación mensual más elevada en el último año de servicios, incluyendo el subsidio de alimentación y transporte, las doceavas partes de la primas de navidad, de servicios y vacaciones, el 100% de la bonificación por actividad judicial y el 100% de la bonificación por servicios prestados, atendiendo a lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971.

1.1.2.5. En cumplimiento de lo anterior, Cajanal profirió la Resolución 23689 de 3 de junio de 2008 y elevó la cuantía de la pensión de jubilación en la suma de \$4.702.398, efectiva a partir del 1.º de julio de 2007.

1.1.2.6. La Caja Nacional de Previsión Social mediante la Resolución 0555 de 20 de noviembre de 2009 reliquidó la pensión de jubilación de la demanda, con base en el 75% de los factores devengados en el año 2007, tales como asignación básica, prima de navidad, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima especial y bonificación por actividad judicial.

1.1.2.7. Inconforme con la anterior decisión, la demandada el 17 de junio de 2013 solicitó dar cumplimiento a la sentencia de tutela proferida años atrás por el Juzgado Penal del Circuito de Cartago y en razón a ello, la UGPP profirió la Resolución RDP 033000 de 22 de julio de 2013 por la cual modificó la Resolución 0555 de 20 de noviembre de 2009 y en su lugar, elevó el monto de la cuantía y ordenó la reliquidación pensional teniendo en cuenta el 100% de la bonificación por servicios y el 100% de la bonificación por actividad judicial.

1.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

Como normas vulneradas citó los Decretos 1160 de 1947; 546 de 1971; 1042 de 1978; 717 de 1978; 247 de 1997; 3131 de 2005; 3382 de 2005; 403 de 2006; 632 de 2007; 671 de 2008; 3900 de 2008 y 1027 de 2013.

Al desarrollar el concepto de violación, expuso los siguientes argumentos:

1.1.3.1. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en señalar que el factor «bonificación por servicios» se reconoce y paga al empleado cada

vez que cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial, y por lo tanto el cálculo de ese factor para efectos de determinar la cuantía de la pensión, debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100% como de manera ilegal, se ordenó en fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Cartago.

1.1.3.2. Tampoco procedía la inclusión del 100% de la bonificación por actividad judicial, en consideración a que el Decreto 3131 de 2005 estableció de manera expresa que dicho emolumento no constituye factor salarial.

1.2. La contestación de la demanda

El apoderado de la señora Myriam Estrada Ospina se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso como argumentos de defensa, los siguientes:

De conformidad con lo dispuesto en el ordinal 3.º del artículo 169 del CPACA, las disposiciones acusadas se encuadran como actos de ejecución no susceptibles de ser cuestionados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como quiera que no modificaron la situación jurídica creada por el Juzgado Penal del Circuito de Cartago en la providencia del 8 de mayo de 2008.

Advirtió que es improcedente la devolución de las sumas recibidas en exceso, por tratarse de unos emolumentos que fueron percibidos de buena fe. Ello en razón a que el error al aplicar el reajuste a la reliquidación pensional no es atribuible a la demandada sino a las múltiples interpretaciones que se hicieron de la norma que establece la bonificación por servicios en favor de los pensionados.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, declaró la nulidad parcial de las Resoluciones 23689 de 3 de junio de 2008 y RDP 033000 de 22 de julio de 2013, por las cuales se reliquidó la pensión de jubilación de la señora Myriam Estrada Ospina incluyendo el 100% de la bonificación por servicios y el 100% de la bonificación por actividad judicial¹. Denegó la pretensión de reintegro de sumas de dinero recibidas en exceso.

Arribó a las siguientes conclusiones:

1.3.1. De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la bonificación por servicios se reconoce cada vez que el empleado cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial, razón por la cual el cómputo de este factor para efectos de determinar la cuantía, debe realizarse en una doceava parte y no sobre el 100% en consideración a que su pago se hace de manera anual.

1.3.2. Adujo que sólo con la entrada en vigencia del Decreto 3900 de 7 de octubre de 2008, se modificó la bonificación por actividad judicial, del tal forma que actualmente si constituye factor salarial; sin embargo, tal disposición no es aplicable a la demandada, como quiera que no se encontraba vigente al momento en que se retiró del servicio.

¹ f-406

1.3.3. La parte actora no logró desvirtuar una actuación 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.

1.4. La apelación

La UGPP, actuando por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación parcial, con el fin de que se acceda al reintegro de las sumas pagadas en exceso como consecuencia de la reliquidación de la demandada.

Adujo que no está probada la buena fe alegada por la señora Estrada, pues se benefició de manera ilegal de un pronunciamiento proferido en virtud de una acción de tutela en el cual nada tuvo que ver la administración.

Transcribió apartes de una acción de tutela proferida por el Consejo de Estado, (sin especificar número de radicado), en la que se aduce que no se puede considerar que únicamente el apoderado y el juez fueron quienes participaron de las actuaciones administrativas que permitieron el reconocimiento pensional, pues es la persona natural la que finalmente se beneficia y lucra con la errónea decisión judicial y por ello es viable aceptar que la actuación de la demandada no se rigió por el principio de la buena fe.

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

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

De conformidad con los argumentos en el recurso de apelación, el problema jurídico se circunscribe a determinar si se encuentra desvirtuada la buena fe de la pensionada Myriam Estrada Ospina, que habilite la devolución de las sumas percibidas, en virtud de la orden de reliquidación pensional efectuada a través de la acción de tutela proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago.

2.1.1. Marco normativo. Del principio de la buena fe y su tratamiento jurisprudencial.

El principio constitucional de la buena fe se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, según el cual «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»

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha considerado que el principio de buena fe es «aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta y leal en sus actuaciones». En este contexto, la buena fe presupone la existencia de

relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a «la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada».²

En relación a la «no devolución de los pagos recibidos de buena fe», esta Corporación ha señalado lo siguiente:

Añade la Corporación que si se aceptara el reconocimiento de la pensión decretada por la resolución No. 002341 de 1993, dentro de los 20 años de servicio exigidos para ese efecto, se estaría tomando tiempo de servicios que el Departamento del Tolima tuvo en cuenta para reconocer la pensión de jubilación a cargo de la Caja de Previsión de esa entidad territorial.

Por ende, la Sala declarará la nulidad de la resolución acusada No. 002341 de 1993.

Sin embargo, ella considera que no es viable disponer el reintegro de las mesadas pensionales que han sido pagadas a la señora Zartha de Cifuentes, como se solicita en el escrito introductorio del proceso, en virtud del reconocimiento de pensión de jubilación por el acto administrativo acusado, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, situación aplicable en el caso sub-judice, ya que le correspondía a la parte actora probar debidamente que la demandada cuando solicitó la pensión actuó de mala fe y ello no ocurrió así³. Subrayado fuera del texto.

En el mismo sentido se indicó:

“La Sala observa que evidentemente a la demandante no le asistía el derecho al reajuste que le fue reconocido y que implicó el pago de la mesada pensional a partir del 1º de enero de 1996 en un

² Sentencia T-475/92

³ Sentencia de 2 de marzo de 2000. Expediente No. 12.971. M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda

monto equivalente a seiscientos diez mil novecientos cincuenta y nueve pesos con noventa y un centavos (\$610.959,91) cuando por este concepto le correspondía solamente la suma de quinientos sesenta y cinco mil novecientos sesenta y cinco pesos con sesenta y cuatro centavos (\$565.965,64).

Lo anterior teniendo en cuenta que como obtuvo el derecho pensional a partir del 1º de enero de 1996 no le era aplicable el incremento previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, **la entidad demandada no estaba facultada para pretender unilateralmente recuperar las sumas de dinero que por equivocación pagó pues fueron recibidas por la actora de buena fe. En esa medida, los pagos efectuados por la entidad tienen amparo legal porque fueron recibidos de buena fe por la demandante** y en ese orden, no obstante la legalidad del acto que dispuso el reintegro, la Sala considera que la administración no probó ni en la vía gubernativa ni en la judicial la mala fe de la demandante en la obtención de los reajustes pagados”.⁴ (El resaltado es de la Sala)

En un asunto de similares contornos, esta Sección en el expediente 2915 -03, Consejero ponente Jesus Maria Lemos, señaló se precisó:

NO DEVOLUCIÓN DE LO PAGADO.

Comparte la Sala lo afirmado por el fallador de instancia cuando sostiene que no hay lugar a devolver lo que ya fue pagado porque la Universidad al aplicar erróneamente las resoluciones y acuerdos que ella misma había derogado, incurrió en grave error de conceder el derecho a quien no reunía el requisito legal de la edad exigida, así que, mal puede ahora alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe.

⁴ Sentencia de 17 de mayo de 2007. Exp. 3287-05. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

Y en el expediente 0488-07, con ponencia del Consejero Gustavo Gómez se dijo lo siguiente:

“Por último como el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A. dispone que “Los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”, igualmente deberá confirmarse en este sentido la decisión apelada, pues, el demandado está amparado por el principio de la buena fe, ya que no se afirmó, ni demostró que hubiera incurrido en actos dolosos y de mala fe para obtener la pensión de jubilación, por lo tanto no está obligado a devolver lo que ya le fue pagado por este concepto⁵. (Subrayado fuera del texto).

Como se infiere de la norma transcrita, se exige para la devolución de prestaciones periódicas por parte de los particulares, la demostración de su mala fe, pues la buena fe en sus actuaciones es una presunción constitucional; es decir, la demostración de que los particulares hubiesen asaltado la buena fe para hacerse acreedores a una prestación a la que no tenían derecho.

Observa la Sala, que la Resolución No. 0405 de 7 de noviembre de 1991, creó a favor del demandando una situación jurídica de carácter particular y concreto, en la medida en que le reconoció el pago de una suma específica, por concepto de pensión mensual vitalicia de jubilación, que por lo mismo, ingresó a su patrimonio, y no obstante no corresponder a la legal, estando la Administración en la obligación de demandar su propio acto ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del particular para revocarlo; lo cierto es, que la demandante incurrió en error al reconocer la suma que debía pagar al pensionado, equívoco en el que no tuvo participación el titular del derecho, lo que confirma, que si la Administración, fundada en su propia negligencia, pretende la devolución de las sumas pagadas en exceso, como en este caso, vulnera de manera franca el principio de la buena fe del gobernado.

⁵ Sentencia de 21 de junio de 2007. Expediente: 0950-06. Consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

Lo anterior aunado al hecho, de que en el transcurso del proceso, no se afirmó ni se demostró que el demandado hubiera incurrido en comportamientos deshonestos, en actos dolosos y de mala fe, para obtener la pensión de jubilación.

...

Con lo anterior, los pagos efectuados por la Universidad tienen amparo legal, porque fueron recibidos de buena fe por el jubilado y en ese orden, se considera que mal puede ahora la demandante, alegar a su favor, su propia culpa, para tratar de recuperar unos dineros, que como se advierte, fueron recibidos por una persona amparada por el principio de la buena fe.”⁶

La jurisprudencia previamente citada encuentra su fundamento en el principio de la buena fe, que implica la convicción del ciudadano, en que el acto emanado de la administración está sujeto a legalidad y por ende no tiene que prever que sea susceptible de demanda judicial o revocatoria, pues existe una legítima confianza en la actuación pública dada precisamente por la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos.

De acuerdo a lo anterior, y como lo ha señalado esta Corporación⁷, el principio de la buena fe incorpora una presunción legal, que admite prueba en contrario y por ello, le corresponde a quien lo echa de menos, probar que el petitionerario actuó de mala fe. Por ello, cuando se trata de un error de la administración al concederse el derecho a quien no reunía los requisitos legales, no puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe.

⁶ Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente 0488-07. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁷ Sentencia de 1.º de septiembre de 2014. Expediente 3130-13. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

2.2. Caso concreto

En vista de las anteriores consideraciones procede la Sala a analizar si en este caso se desvirtuó la buena fe de la señora Myriam Estrada Ospina, en la actuación administrativa y judicial, que llevó a la reliquidación pensional a través de los actos demandados.

2.2.1. En primer lugar, se encuentra que por medio de la Resolución 23689 del 3 de junio de 2008, la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL) reliquidó la pensión de jubilación de la señora Myriam Estrada Ospina, acto que fue proferido en cumplimiento de la orden impartida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago Valle⁸⁸, dentro de la acción radicada con el número 2008-0057-00, que tuteló los derechos al debido proceso, igualdad, mínimo vital y seguridad social y como consecuencia de ello dispuso lo siguiente:

ORDENAR a la Subgerencia Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL EICE, para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación personal de esta providencia, proceda a RELIQUIDAR la pensión de vejez que fue reconocida en dichos actos administrativos, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, es decir, con base en el 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios, comprendido entre el 1 de diciembre de 2006 a noviembre de 2007, incluyendo todos los factores salariales como subsidio de alimentación y transporte y las doceavas correspondientes a la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, prima especial, gastos de representación, el 100% de la bonificación por gestión judicial y el 100% de la bonificación por servicios prestados, tal como se realizó en las Resoluciones 00483 de 9 de mayo de 2007 y 00502 de 10 de mayo de 2007 a favor de las doctoras Luzmila Ramírez de Montes y Maria Daniela Hurtado Cardona.

⁸⁸ (ff.154-177)

2.2.2. Posteriormente, mediante la Resolución 0555 del 20 de enero de 2009⁹ Cajanal reliquidó la pensión de jubilación de la demandada, sin tener en cuenta los parámetros señalados por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago Valle, razón por la cual la señora Estrada presentó incidente de desacato.

2.2.3. Por medio de la Resolución 033000 de 22 de julio de 2013¹⁰, la UGPP modificó la Resolución 00555, y ordenó «reliquidar por nuevos factores salariales la pensión de la señora ESTRADA MOLINA MYRIAM, en cuantía de \$9.207.686» con base en los factores devengados en el año 2007, dentro de los cuales se encuentra el 100% de la bonificación por servicios y el 100% de la bonificación por gestión judicial.

Como se aprecia, este caso no fue originado por un error de la administración con la expedición de los actos administrativos de reliquidación pensional en cumplimiento de una orden judicial, por lo que es claro que la discusión debe dirigirse a desvirtuar la presunción legal que ampara la actuación de la señora Estrada Ospina, conforme a lo señalado en el numeral 1.º literal c) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011,

Para ello, la Sala considera necesario atender al derrotero que señaló la Corte Constitucional en la sentencia T- 218 de 20 de marzo de 2012, para efectos de determinar si en el presente caso se configuran elementos que conllevan a determinar que la actuación surtida dentro del trámite de la acción de tutela (que condujo a la expedición de los actos acusados) se presentó un fraude procesal, como es: instaurarla en un lugar apartado de: (i) el domicilio del actor,

⁹ (ff.223-226)

¹⁰ (ff.249-252)

(ii) el último lugar de prestación de servicios, (iii) o del lugar de expedición de los actos administrativos previos, situaciones que ponen en entredicho la buena fe de su actuar.

Al respecto, es menester indicar que la citada providencia conoció en sede de revisión, la acción de tutela promovida por 140 accionantes contra CAJANAL, por considerar que se conculcaban los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al mínimo vital, a la vida digna y al no efectuarse el pago de la pensión gracia, cuyo reconocimiento se ordenó en una acción de tutela primigenia.

Si bien es cierto la aludida sentencia cuenta con efectos interpartes, bien merece su cita en este proceso al permitir verificar, con los elementos previamente expuestos, si se presentó un fraude procesal dentro del trámite de la acción de tutela proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago (Valle) que conllevó a la expedición de los actos acusados.

En ese orden, se tiene que al verificar el material probatorio allegado al expediente, se encuentra que el último cargo desempeñado por la demandada fue como Juez de Menores de Cartago (Valle), según certificación expedida por la Secretaría General y Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga (ff. 33-34); presentó la acción de tutela ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartago (ff.152-153), y según lo dispuesto en la contestación de la demanda, reside en la ciudad de Cartago (ff. 328).

Las situaciones previamente expuestas, conllevan a la Sala a considerar que la demandada no quebrantó el principio de buena fe dentro de las actuaciones jurídico administrativas que permitieron la reliquidación de su pensión de jubilación y por ende, se atendió a lo dispuesto en el numeral 1.º literal c) del

artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, según el cual no hay lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

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 y por autoridad de la Ley.

F A L L A

CONFIRMAR la sentencia de 12 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso promovido por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la UGPP contra la señora Myriam Estrada Ospina.

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

