

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ



Bogotá D.C, 5 de octubre de 2017

Radicación: 17001-23-33-000-2015-00244-02
Nro. Interno: 4968-2016
Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Demandado: Norma Castaño Trejos
Asunto: Acción de lesividad – Reliquidación pensión Decreto 546 de 1971 - 100% bonificación por servicios.

Decide la Sala¹ sobre el recurso de apelación interpuesto por la partes contra la sentencia proferida el 16 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Caldas – Sala de Oralidad, que accedió a la pretensión de nulidad del acto que reliquidó la pensión de la demandada incluyendo el 100% de la Bonificación por Servicios y negó las demás suplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1 Pretensiones.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social², en ejercicio de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en modalidad de lesividad, presentó demanda con la finalidad de obtener la nulidad de la Resolución UGM 27079 del 17 de enero de 2012, proferida por el Liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación³, que reliquidó la pensión de la señora Norma Castaño Trejos incluyendo el 100% de la bonificación por servicios, en cumplimiento del fallo de

¹ Ingreso al Despacho para fallo el 4 de agosto de 2017, folio 494.

² En adelante UGPP.

³ En lo que sigue CAJANAL.

tutela proferido por el Juzgado Primero de Menores de Manizales el 18 de abril de 2007.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó: i) que se declare que la accionada no tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada con base a lo establecido en el mencionado fallo de tutela, y por lo tanto no hay lugar al pago de valor alguno en virtud de la resolución acusada; ii) que la demandada reembolse a la entidad actora, los dineros pagados en exceso por concepto de reliquidación pensional, en lo que correspondió a la inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados.

1.2 Hechos.

Para mejor comprensión del asunto, la Sala resume los supuestos fácticos relevantes descritos por la parte demandante así:

Sostuvo, que CAJANAL reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a la señora Norma Castaño Trejos, mediante Resolución No. 34390 del 18 de julio de 2006, en cuantía equivalente de \$1.491.267.79, con efectividad desde el 1º de enero de 2006; la cual fue reliquidada en la suma de \$1.864.016.94, por virtud de la Resolución 39470 del 28 de abril de 2007.

De igual modo, informó que CAJANAL profirió la Resolución UGM 27079 el 17 de enero de 2012, dando cumplimiento al fallo de tutela proferido el 18 de abril de 2007 por el Juzgado Primero de Menores de Manizales (Caldas) que le había ordenado, reliquidarle la pensión del accionado incluyendo el 100% de la bonificación por servicios prestados que había devengado durante el último año de servicio de la Rama Judicial.

1.3 Normas vulneradas y concepto de violación.

La parte demandante citó como disposiciones violadas las siguientes:

Los artículos 1º, 2º, 6º, 121, 128 y 209 de la Constitución Política; 45 del Decreto

1045 de 1978, 34 t 36 de la Ley 100 de 1993.

Sostuvo, que la reliquidación ordenada por la sentencia de tutela, en el sentido de incluir el 100% de la bonificación por servicios devengada por la demandada, desconoce la manera como deben integrarse en el IBL aquellos factores cuya causación es anual, como es el caso del emolumento salarial mencionado.

Destacó, que el cálculo de las pensiones se debe hacer en forma proporcional a la remuneración mensual, por lo cual, todo concepto que se cause cada año, debe ser fraccionado en una doceava parte, tal como lo sostiene la jurisprudencia de esta Corporación.

1.4. Contestación de la demanda.

La **parte accionada** contestó la demanda dentro de la oportunidad de ley, en donde manifestó que el acto administrativo acusado fue expedido de conformidad con la ley, y por ello, no existe causa jurídica que permita su nulidad, al ser derivado de una sentencia de tutela que protegió de manera definitiva el derecho de la accionada; de suerte que frente a estos supuestos existe cosa juzgada.

Alegó que la demandada tiene derecho a la reliquidación tal cual como se ordenó en el fallo de tutela del 18 de abril de 2007, es decir, con la inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados, pues se encuentra debidamente ejecutoriado, excluido de revisión por la H. Corte Constitucional y por consiguiente, hizo tránsito a cosa juzgada.

Así mismo, indicó que la ambigüedad de la jurisprudencia de aplicar el 100% de la bonificación por servicios prestados o fraccionarla en una doceava parte, debió ser dilucidada hacia los intereses del pensionado en virtud del principio de favorabilidad.

1.5 La sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Caldas – Sala de Oralidad, mediante sentencia del 16 de agosto de 2016; i) decretó la nulidad parcial de la Resolución UGP 27079 del 17 de enero de 2012; ii) ordenó a la UGPP realizar una nueva liquidación de la pensión de vejez de la accionada, en la que se incluya la bonificación por servicios en una doceava parte; iii) negó las demás pretensiones de la demanda; y iv) no condenó en costas a la parte demandada. Para estas decisiones:

Precisó que en el presente asunto, no se configura la excepción de cosa juzgada, como quiera que la tutela tiene rasgos y características propias que apuntan a la defensa de un derecho fundamental, y el medio de control ejercitado tiene como objeto el control de legalidad de una decisión administrativa, siendo entonces distinguibles.

Sostuvo, que conforme a los lineamientos del Decreto 717 de 1978 y lo que ha interpretado esta Corporación, la bonificación por servicios como factor salarial al momento de liquidar la pensión de los funcionarios de la Rama Judicial, se debe incluir en una doceava parte, y no en un 100%, ya que la misma se reconoce y paga al empleado cada vez que cumple un año de servicio.

1.6 Recursos de apelación.

La **parte demandada** interpuso apelación, tendiente a que se revoque la decisión parcialmente estimatoria del *a quo*, y en su lugar, se nieguen las súplicas de la demanda, insistiendo en la legalidad de la decisión que reliquidó la pensión de la accionada, al ser resultado del análisis del juez de tutela que definió que la bonificación por servicios prestados debe incluirse en la base liquidatoria en su totalidad, conforme a lo que sobre el particular la jurisdicción administrativa de Caldas había interpretado por más de 7 años.

En ese orden de ideas, sostuvo que la posición del Tribunal Administrativo de Caldas, por mucho tiempo fue la de incorporar la bonificación por servicios prestados en un 100%, y que solo con el cambio jurisprudencia del Consejo de Estado varió su postura, incluyéndolo en una doceava parte; por lo que, indicó que

la inseguridad jurídica no puede afectar derechos que fueron reconocidos atendiendo lo que sobre el particular decidían los jueces.

Precisó, que a la demandada en caso de definirse la nulidad del acto que reliquidó su pensión se le estarían conculcando sus derechos fundamentales que ya fueron protegidos por el juez constitucional, y que desde entonces, viene percibiendo de buena fe, razón por la cual considera improcedente la orden de reintegro de los dineros.

Por su parte, la **UGPP**⁴ también apeló, solicitando que se acceda al restablecimiento del derecho, consistente en el reembolso por parte de la demandada de las sumas de dinero que le fueron pagadas por virtud de la reliquidación de su pensión al incluirle el 100% de la bonificación por servicios prestados.

Lo anterior, por cuanto dicha reliquidación estuvo desprovista de toda licitud, ya que el accionado debió acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para solicitar la inclusión de dicho factor de salario en el IBL de su pensión, y no instaurar una acción de tutela para tales propósitos, siendo improcedente inferir buena fe en la recepción de los dineros que le fueron pagados.

1.7 Alegatos de segunda instancia y Concepto del Ministerio Público.

Las partes guardaron silencio.

El Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto en la causa.

Agotada como se encuentra la instancia, sin observar causales de nulidad que invaliden lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto, para lo cual se tiene en cuenta las siguientes,

⁴ Folio 798.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA PARA FALLAR.

De acuerdo con los cargos formulados por las partes contra la sentencia de primera instancia, le corresponde a la Sala determinar, como problema jurídico si respecto de la pensión de jubilación reconocida en virtud del Decreto 546 de 1971, la bonificación por servicios prestados se debió integrar en el ingreso base de liquidación en un 100% o en una doceava parte; y si en este último caso, para la situación del demandado se desvirtuó la presunción de buena fe que lo ampara, para hacer procedente ordenar la devolución de las sumas percibidas por la reliquidación pensional.

Para resolverlo, la Sala; analizará; i) el contexto normativo del IBL de la pensión reconocida en virtud del Decreto 546 de 1971; ii) el principio de buena fe, y el tratamiento jurisprudencia con relación al recibo de dineros por concepto de prestaciones periódicas, y iii) resolverá el caso concreto.

2.1 Del IBL para las pensiones del Decreto 546 de 1971.

Para resolver el asunto principal derivado de los cargos formulados en los recursos de apelación, la Sala acudirá a la normatividad que regula el derecho que está discutiendo en esta instancia, esto es, la inclusión de la bonificación por servicios dentro del IBL de la pensión reconocida a la demandada en su condición de ex funcionaria de la Rama Judicial, y así mismo, la posición de la jurisprudencia sobre el particular.

El Decreto No. 546 de 1971⁵, en su artículo 6º estableció el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares, el cual expresó:

“Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto, tendrán

⁵ “Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares”.

derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas”.

Ahora bien, mediante sentencia de 8 de junio de 2006, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Tarsicio Cáceres Toro definió la forma como debe calcularse el ingreso base de liquidación, en el sentido de establecer que las prestaciones anuales se liquidarán por doceavas partes más no por el 100% del valor devengado, reiterando lo sostenido en el fallo de 28 de octubre de 1993, Magistrada Ponente Dolly Pedraza de Arenas, en el expediente 5244, sosteniéndose que:

“Conforme a la jurisprudencia y normatividad ya citadas, el funcionario o empleado de la Rama Judicial o del Ministerio Público que cumpla los requisitos del Art. 6º del Dcto. Ley 546/71 debe ser objeto del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta **el salario más alto devengado en el último año**, dentro del cual no sólo cabe el cómputo del salario básico sino los demás factores que haya percibido y tengan tal trascendencia, salvo los excluidos por mandato legal expreso.

Se precisa que se deben tener en cuenta los factores mensuales y también las no mensuales devengadas en el mes escogido que sean relevantes, sin que sea dable, por ejemplo, escoger el salario básico de un mes y otros factores de otro mes diferente. Además, cabe anotar que **como quiera que ciertos conceptos se reconocen y pagan anualmente, para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas partes de éstos.**” (Resaltado fuera de texto).

Así mismo, esta Sala en sentencia del 14 de agosto del 2009⁶, en cuanto a la bonificación por servicios prestados, estableció:

“Respecto del factor de bonificación por servicios esta Sección ha indicado que la misma se reconoce y paga al empleado cada vez que

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Rad. 25000-23-25-000-2005-03346-01(1508-08) de 14 de agosto de 2009.

cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial, es decir que el derecho a su reconocimiento se causa cada vez que aquél cumple un año de servicios y, por lo tanto, el cómputo de este factor para efectos de determinar la cuantía de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100%, en consideración a que su pago se hace de manera anual”⁷.

Finalmente, la Sala en sentencia del 23 de febrero de 2012, Radicado No. 1072-2011, con ponencia de la Doctora Bertha Lucia Ramirez de Páez, concluyó sobre la bonificación por servicios lo siguiente:

“(…)

- La bonificación por servicios prestados constituye factor salarial para efectos pensionales.
- Se causa cada vez que el servidor cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial.
- El monto de la pensión de jubilación reconocida con el régimen especial de la Rama Judicial equivale al 75% de la asignación más alta devengada en el último año más todas las sumas que constituyan factor salarial como lo es la bonificación por servicios.
- El régimen especial permite la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año pero ello no quiere decir que su inclusión sea por el valor total porque el monto de la pensión se calcula en “**mesadas**”⁸.
- Una vez se determinan los factores salariales devengados en el último año se calcula el valor **mensual** de cada uno para así calcular el valor de la “**mesada pensional**”.

(…)”

Además, dicha sentencia⁹ reiteró que la inclusión de la bonificación por servicios en el IBL debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100% del valor percibido, así:

“En esas condiciones, la estimación de la bonificación por servicios al momento del cálculo de la pensión **debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100% del valor percibido por ese concepto** en

⁷ Acogiendo la tesis, señalada en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, del 8 de febrero de 2007 Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06486-01(1306-06), Ver también la sentencia de 6 de agosto de 2008, proferida por la Subsección B de esta Sección, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08).

⁸ Porción de dinero u otra cosa que se da o paga todos los meses (Real Academia Española).

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente. Bertha Lucia Ramirez de Páez. Rad. 52001-23-31-000-2009-00288-01(1072-11) de 23 de febrero del 2012.

consideración a que su pago se hace de manera anual y la mesada pensional se calcula con la proporción mensual de “todos los factores salariales devengados en el último año”.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que el cálculo realizado por Cajanal incluyendo una doceava parte de la bonificación por servicios se ajusta a lo dispuesto en el régimen especial de pensiones de la Rama Judicial y por tal razón la sentencia apelada que accedió a las súplicas debe ser revocada”. **(Resaltado fuera del texto).**

A idénticas conclusiones arribó la Corte Constitucional mediante la T-831 de 2012¹⁰, la cual instó lo mencionado anteriormente así:

“En cuanto al valor de la bonificación -como factor salarial- a tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación (IBL) de los servidores de la Rama Judicial o del Ministerio Público, a fin de calcular el valor de sus pensiones de jubilación, en reiteradas sentencias, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, han interpretado que debe **ser la doceava parte de su valor**, dado que, según la normativa aplicable, la bonificación se paga una vez al año y a condición de que el servidor complete un año trabajado”. **(Resaltado fuera del texto).**

También resulta útil estudiar lo consagrado en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978¹¹, disponiendo que además de la asignación básica mensual fijada por ley para cada empleo existen otros factores de salario los cuales se mencionan a continuación:

“Artículo 12. De otros factores de salario. Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los gastos de representación
- b) La prima de antigüedad

¹⁰ Corte Constitucional. T-831 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 22 de noviembre de 2012.

¹¹ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de cargos para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, se fija la escala de remuneración correspondiente a dichos cargos, y se dictan otras disposiciones”.

- c) El auxilio de transporte
- d) La prima de capacitación
- e) La prima ascensional
- f) La prima semestral
- g) Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio”.

De acuerdo con lo anterior, es pacífica la jurisprudencia¹² en el sentido de asociar la noción de factor de salario al ingreso base de liquidación pensional, contemplando además, que aquellos causados anualmente, o en periodos distintos al mensual, deben ser fraccionados para su respectiva inclusión; caso de la bonificación por servicios prestados¹³, que corresponde a una prestación que remunera la acumulación del tiempo de servicio del empleado, y que se causa cada vez que cumple un año de labores.

2.2 Del principio de la buena fe y su tratamiento jurisprudencial para devolución de prestaciones periódicas.

La jurisprudencia de ésta Corporación, así como de 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, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una *“persona correcta (vir bonus)”*¹⁴. Así, 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”*¹⁵.

En este sentido y conforme al artículo 83 superior, este principio implica que (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas. Esta última característica opera como

¹² En este sentido, recientemente la Sala en las sentencias del 2 de marzo de 2017, exp. 1170-2016 y 2407-2016, del 16 de marzo de 2017, exp. 0620-2016; y del 18 de mayo de 2017, exp. 4274-2016, todas con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹³ Ver Decreto 1042 de 1978 y Decreto 247 de 1997.

¹⁴ Ver Sentencia T-475 de 1992

¹⁵ Ibídem.

presunción legal que admite prueba en contrario¹⁶.

Principio éste que además, no constituye un postulado absoluto, sino 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, entre otros¹⁷. En este sentido, no es posible entender el principio de la buena fe de manera aislada y como un fin en si mismo, por cuanto se debe concebir el ordenamiento jurídico no como una pura acumulación de preceptos concretos encerrados, o como una simple mescolanza de normas, sino como un sistema coherente, ordenado, según el principio de no contradicción¹⁸.

Bajo el anterior razonamiento es preciso traer a colación algunos pronunciamientos de ésta Sección sobre el principio constitucional de la buena fe, en lo que se refiere a pagos efectuados **por error de la administración**:

“Ahora bien, el principio constitucional de la buena fe, se encuentra contemplado por la Carta Política, en su artículo 83, en los siguientes términos:

"ARTICULO 83. 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".

Pese a que dicha norma es aparentemente clara, es fundamental considerar que la naturaleza jurídica de la buena fe como principio general del Derecho, implica que su vinculación a patrones fácticos específicos, es muy amplia y compleja y solo puede ser explicada en la medida en que se tenga clara la noción de buena fe.

La buena fe, como principio general del Derecho, es 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

¹⁶ Ver Sentencia C-071 de 2004

¹⁷ Ver sentencia de la Sección Segunda, Subsección “B”, con ponencia del Consejero Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de 8 de mayo de 2008, dentro del proceso radicado con el No. 0949-2006.

¹⁸ Zagrebelsky, Gustavo. La Ley y su Justicia. Madrid 2008. Traducción Editorial Trotta 2014. Pagina 205.

probidad.

El principio de buena fe en el Derecho Administrativo, significa que los poderes públicos no pueden defraudar la legítima confianza que los ciudadanos aprecian objetivamente en su actuación; de manera que el ciudadano puede confiar en la Administración y a su vez ésta puede confiar en el ciudadano; confianza que en todo caso, debe desprenderse de signos externos, objetivos, inequívocos, 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.

El numeral 2º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo dispone:

“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**”. (Negritas del texto)

“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 (...), 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 así”¹⁹. Subrayado fuera del texto.

En el mismo sentido se indicó:

¹⁹ Sentencia de 2 de marzo de 2000. Expediente No. 12.971. M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda

“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 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”.²⁰ (El resaltado es de la Sala)

La tesis fue reiterada posteriormente así:

“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 concepto**”²¹. (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

²⁰ Sentencia de 17 de mayo de 2007. Exp. 3287-05. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

²¹ Sentencia de 21 de junio de 2007. Expediente: 0950-06. M.P: Ana Margarita Olaya Forero.

hubiesen asaltando 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.

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”²².

Precisa la Sala que ésta clara línea jurisprudencial se ha mantenido para los casos en que se han recibido prestaciones periódicas tales como la pensión de jubilación producto de un error de la administración.

La posición así fijada encuentra su razón de ser 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

²² Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente 0488-07. M.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

pública dada precisamente por la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que 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 peticionario actuó de mala fe. Por ello, en tratándose 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 fe²³.

Pero, distinta es la situación cuando el reconocimiento del derecho no deviene directamente del error de la administración, en cuyo caso, habrá que analizar situaciones particulares de los actos de los involucrados en la actuación, y la utilidad e incidencia en la producción de los actos definitivos que resolvieron la cuestión.

En este contexto, vale la pena recordar que la subsección A, en pretérita oportunidad al resolver una demanda de lesividad reflexionó así:

“Para la Sala no existe la menor duda de que las certificaciones que aportó a folios 11 y 12 expedidas por petición del señor Gobernador de ese entonces, son veraces. Y a esta conclusión se llega, pues el beneficiario de la pensión en esta litis no pudo desvirtuar tales constancias ni demostró por otros medios que cumplía con los requisitos de edad y tiempo de servicios, pues amen de las inconsistencias sobre la edad a raíz del cambio de su segundo apellido en la cédula (folios 44 y 51 cdno. No. 2), las pruebas que aportó con su escrito de contestación del libelo no fueron decretadas por extemporáneas, como da cuenta el auto del 12 de mayo de 1999 que obra a folio 62 del cuaderno No. 2. No se atiende, por tal virtud, la sugerencia que de manera respetuosa hace el Ministerio Público, como quiera que basta en el caso sub examine esta circunstancia de la alteración de la edad para inferir, de una parte, que el demandado no acredita los requisitos para hacerse acreedor a la pensión de jubilación, pues no contaba con 55 años previstos en la Ley 33 de 1985, y, de otra, que la actuación del solicitante no estuvo acompañado de la buena fe que debe presidir las relaciones de los administrados con la administración.

²³ En este sentido, se pronunció recientemente la Sala en las sentencias del 17 de noviembre de 2016, exp. 2677-15, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, y del 29 de junio de 2017, exp. 4321-2016, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Se confirmará en ese orden la decisión del Tribunal que declaró la nulidad del acto acusado.

Así mismo se confirmará la orden de reintegro de los dineros que hubiera **percibido el demandado por concepto de la pensión de jubilación, dada la mala fe con que actuó en sede gubernativa, como quiera que de manera malintencionada presentó unas certificaciones que no corresponde a la verdad**, para dolosamente hacerse acreedor a una prestación de la cual era consciente que no tenía derecho, los cuales quiso demostrar asaltando la buena fe de la administración. Este hecho, por sí solo, demuestra el torcido proceder del actor; por tal virtud, merece el condigno castigo de devolver las sumas que recibió sin tener derecho a ellas, debidamente actualizadas, como bien lo ordenó el a quo²⁴.” (Negritas fuera de texto original).

Así las cosas, la utilización de un documento fraudulento, falso o apócrifo dentro de la actuación administrativa, y que ello desemboque en el reconocimiento de un derecho pensional, permite desvirtuar la presunción de buena fe que gobierna los actos del peticionario, haciendo viable así, la recuperación de los dineros pagados de manera indebida.

Entonces, para cada caso concreto, deberá el juez verificar a la luz de las pruebas regularmente aportadas al proceso, si la actitud del demandado en sede gubernativa o para los efectos de la consecución del derecho, se aparta de los postulados del principio de la buena fe, y si son determinantes en el resultado final de la actuación.

2.3 Caso concreto.-

Del material probatorio recaudado dentro del presente proceso, se acreditó que la accionada:

- Nació el 4 de noviembre de 1955²⁵.

²⁴ Sentencia del 25 de abril de 2002, sección segunda, subsección A, exp. 1783-01, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

²⁵ Ver acto acusado, reverso folio 132.

- Por medio de la Resolución 34390 del 18 de junio de 2006²⁶ CAJANAL, le reconoció la pensión de jubilación en una cuantía de \$1.491.267.79 a partir del 1º de enero de 2006, considerando la prestación de sus servicios desde el 19 de noviembre de 1974 hasta el 30 de diciembre de 2005 al interior de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.
- Por medio de la Resolución 39470 del 28 de agosto de 2007²⁷, CAJANAL le reliquidó su pensión con inclusión de nuevos factores, incrementándola en \$1.864.016.94.
- Fue beneficiaria del fallo proferido por el Juzgado Primero de Menores de Manizales del 18 de abril de 2007²⁸ que le tuteló sus derechos fundamentales de petición y debido proceso.
- Que se le reliquidó su pensión en cuantía de \$2.637.702.93, en cumplimiento de la sentencia de tutela antes mencionada, a través la UGM 27079 del 17 de enero de 2012²⁹.

Descendiendo al caso concreto, encuentra la Sala que de manera injustificada se ordenó la inclusión total de la bonificación por servicios prestados que había devengado la demandada, dentro de la asignación más alta percibida durante el último año de servicio, comprendiéndose así en parte de la base liquidatoria de la pensión que le fuere reconocida en virtud del régimen contenido en el Decreto 546 de 1971, cuando por la naturaleza y causación de tal factor, debió fraccionarse en una doceava parte.

Ello impone concluir, que se desconocieron los fundamentos normativos que rigen la determinación del IBL de la pensión reconocida a la accionada, y los lineamientos jurisprudenciales dictados por esta Corporación y por la Corte Constitucional en cuanto al cómputo de factores que se causan de manera anual.

²⁶ Folio 132 a 136.

²⁷ Folios 195 y 196

²⁸ Folios 104 a 114.

²⁹ Folios 302 a 304.

En este punto, vale la pena recalcar que la jurisprudencia ha sido pacífica y reiterada hacia la correcta interpretación de cómo se integra en el IBL pensional la bonificación por servicios, sin que sea viable estimar que pronunciamientos de tribunales o de jueces administrativos en contrario, tengan la vocación de configurar derechos adquiridos para los pensionados, pues no son producidos por órganos de cierre ni tienen la fuerza vinculante para ser tenidos como precedentes en los términos invocados por la apelación del demandante.

Pues bien, conforme al análisis que hasta aquí ha hecho la Sala, se concluye al igual que el *a quo*, que es ilegal la decisión que reliquidó la pensión de la accionada en cumplimiento de una orden de tutela, incluyendo en la base liquidatoria el 100% de la bonificación por servicios prestados efectivamente devengada durante el último año de servicio, debiendo dilucidarse si en consecuencia de la nulidad ya decretada por tal razón, procede el restablecimiento del derecho.

La consecuencia de la nulidad del acto particular, por regla general, es retrotraer las cosas al estado inicial, de manera que se entienda que la decisión extinguida del ordenamiento positivo por ilegal o inconstitucional, nunca existió.

Sin embargo, tratándose de casos donde se discuten prestaciones periódicas, y principalmente cuando la pretensión de restablecimiento es el reembolso o la devolución de sumas de dineros pagadas y no debidas, la ley se ha encargado de cualificar la manera en que ello es posible.

Al respecto, el literal c) del numeral 1º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011³⁰, dispone que:

“La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

³⁰ CPACA.

c) Se dirija contra 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;**

(...).” (negritas y subrayas fuera de texto original).

Expresamente, consagra el legislador que en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en modalidad de lesividad, no habrá lugar a la recuperación de las prestaciones pagadas a particulares de buena fe; ello, guardando correspondencia con lo que venía dispuesto en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984³¹, y principalmente con la presunción contenida en el canon 83 de la Constitución Política.

Así las cosas, la buena fe se presume en todos los actos de los particulares y de las autoridades, supuesto al que se ajusta el ejercicio de la acción de tutela en defensa de un derecho fundamental, aun cuando para lo controversia estén previstos los mecanismos ordinarios, pues en todo caso, será el juez constitucional quien determine su procedencia, su idoneidad y la protección definitiva o transitoria de los derechos vulnerados.

De este modo, el simple ejercicio de la acción constitucional, aun siendo procedente la vía ordinaria para el reclamo del derecho a la pensión gracia, no implica una actuación desleal o temeraria del docente, que creyendo tener el derecho, acude al juez para que se declare así.

Para la Sala, la sentencia estimatoria del togado constitucional, evidencia el ejercicio de las vías legítimas con que cuenta una persona para lograr el reconocimiento de un derecho, debiéndose en todo caso, verificar el cumplimiento de los requisitos de ley para ello, sin que obste el análisis posterior de parte del juez ordinario.

Es pertinente aclarar, que en algunas ocasiones la sección segunda de esta Corporación³², ha encontrado pruebas o elementos de juicio a partir de los cuales, se desvirtuó la presunción de buena fe que cobija al pensionado demandado,

³¹ CCA

³² Las citadas en el acápite del principio de la buena fe.

como cuando existe claridad sobre el uso fraudulento de un documento o su producción por tales medios, o cuando existe inducción al error de la Administración de parte del peticionario.

Sin embargo, el anterior no es el panorama del presente proceso, pues la carga probatoria del demandante no fue debidamente asumida, ya que en el plenario no existen pruebas que evidencien la mala fe del demandado en la obtención del derecho que le fue reconocido, por lo que es improcedente la recuperación de las sumas pagadas por virtud de acto acusado, así hubiere sido decretada su nulidad por desconocer los preceptos normativos a que debió sujetarse.

Recapitulando, el análisis de la Sala dentro de la acción de lesividad donde se persigue la nulidad de un acto de reconocimiento pensional, por encontrar incumplidos los requisitos de ley; debe acompañarse desde la óptica probatoria de elementos indicadores que la actuación del peticionario fueron determinantes para el error del ente previsional y para la consecución indebida del derecho, lo que no puede presumirse por el ejercicio de la acción de tutela, que fue lo único alegado en la apelación del demandante.

De acuerdo con lo anterior, se imponen razones para que la sentencia apelada sea confirmada sin consideración adicional.

En mérito de lo expuesto la Sección Segunda, Subsección “B” Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 16 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Caldas - Sala de Oralidad, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, contra Norma Castaño Trejos, respecto de los actos que le reliquidaron su pensión

incluyendo el 100% de la bonificación por servicios; conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Por intermedio de la Secretaría, devolver el expediente al Tribunal de origen, y déjense las constancias respectivas.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión, por los señores Consejeros.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CESAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER