



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 3

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
DEMANDADO:	MARÍA ISaura DUARTE BOHÓRQUEZ
REFERENCIA:	152383333003- 2018-00127-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LESIVIDAD
TEMA:	NULIDAD DE RESOLUCIÓN QUE RELIQUIDÓ PENSIÓN GRACIA CON EL PROMEDIO DE LO DEVENGADO EN EL AÑO ANTERIOR AL RETIRO DEFINITIVO DEL SERVICIO
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad accionante, contra la sentencia de primera instancia proferida el 13 de mayo de 2020 por el Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

Declaraciones y condenas (fl. 53)

1. La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a través de apoderada judicial, acudió a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la señora MARÍA ISaura DUARTE BOHÓRQUEZ, con el fin de que se declare la nulidad de la **Resolución No. 31197 del 14 de diciembre de 2000**, por medio de la cual la extinta CAJANAL reliquidó la pensión gracia reconocida a favor de la demandada, por retiro definitivo del servicio oficial.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la demandada: **i)** devolver todos y cada uno de los dineros recibidos o que se llegaren a recibir por concepto de la reliquidación de la pensión gracia, por retiro

definitivo del servicio oficial, pues la misma se efectuó sin el cumplimiento de los requisitos legales; **ii)** que dichas sumas se actualicen conforme a lo previsto en el artículo 187 del CPACA; **iii)** que en caso de no cumplimiento del fallo, se liquiden y paguen los intereses comerciales y moratorios, en atención al artículo 195 *ibídem*; y **iv)** que se condene al pago de costas y agencias en derecho a la accionada.

Fundamentos fácticos (fls. 153-155)

3. La apoderada de la entidad demandante, señaló que la señora MARÍA ISAURA DUARTE BOHÓRQUEZ nació el 3 de noviembre de 1946 y que prestó sus servicios en la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá desde el 1° de octubre de 1967 hasta el 27 de diciembre de 1999, desempeñando como último cargo el de docente en la Escuela Rural Chapetón del Municipio de San Mateo (Boyacá).

4. Indicó que mediante **Resolución No. 009190 del 21 de abril de 1998**, CAJANAL le reconoció una pensión gracia a la demandada, en cuantía de \$311.586,09, efectiva a partir del 3 de noviembre de 1996 (fecha de adquisición del estatus de pensionada), siendo reliquidada más tarde, a través de **Resolución No. 31197 del 14 de diciembre de 2000**, por retiro definitivo del servicio, elevando la cuantía a la suma de \$865.544,27, con efectividad a partir del 27 de diciembre de 1999.

5. Refirió que posteriormente, mediante **Auto No. ADP 008735 del 16 de noviembre de 2017**, la UGPP dispuso la práctica de pruebas, a efectos de obtener el consentimiento previo, expreso y escrito de la demandada, con el fin de revocar la Resolución No. 31197 de 2000, lo cual no se consiguió, quedando ello plasmado en el **Auto No. ADP 009487 del 13 de diciembre de 2017**.

6. Finalmente, expuso que la demandada se encuentra actualmente incluida en nómina de pensionados, conforme al acto administrativo que se demanda.

Fundamentos de derecho (fls. 55-62)

7. Se señalaron como normas violadas las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989.

De la solicitud de medida cautelar (fls. 68-74)

8. En escrito separado al del libelo inicial, la parte demandante solicitó la suspensión provisional del acto administrativo enjuiciado, al considerar

que el mismo es ilegal por contradicción directa de las normas en que se fundó la demanda, pues *“las pensiones del régimen especial, como lo es el caso de la pensión gracia, deben ser liquidadas con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, que para el caso (...) es el anterior a la consolidación o adquisición del derecho, dado que es el momento a partir del cual empieza a percibirse, pues para devengarla no es necesario el retiro definitivo del servicio oficial, sino el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 114 de 1913.”*

9. Lo anterior, a efectos de evitar un detrimento mayor del erario público, el cual se ve periódicamente afectado por los pagos que la entidad debe hacer a la demandada por concepto de la errónea reliquidación.

10. La anterior solicitud, fue negada por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, a través de auto del 16 de agosto de 2018 (fls. 157-159 Cuaderno Medida Cautelar), proveído contra el cual la parte demandante interpuso recurso de reposición (fls. 161-168), que fue desatado negativamente mediante auto del 18 de octubre de 2018 (fls. 171-172).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 172-200)

11. Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, el apoderado de la demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones invocadas por la parte actora, indicando que el acto administrativo demandado no vulnera las normas en las cuales se fundó y que la docente actuó de buena fe frente a la administración pública y percibió lo que a ella le correspondía, en virtud de la Resolución así proferida, la cual goza de presunción de legalidad.

12. Propuso como excepciones las de *“inexistencia del motivo presentado para la anulación del acto administrativo”, “incorrecta invocación de causal de nulidad y restablecimiento del derecho”, “improcedencia de la devolución de dineros pagados por obrar de buena fe y aplicación del principio de seguridad jurídica”, “error de la entidad administrativa en liquidación no genera costas procesales”*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

13. El Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante sentencia proferida el 13 de mayo de 2020, resolvió (fls. 283-288):

“PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.
(...)”

14. Para adoptar tal determinación, el juez de instancia advirtió que entre los años 2000 a 2005, el Consejo de Estado avaló, en algunas de sus providencias, la posibilidad de reliquidar la pensión gracia, reconocida a los docentes, teniendo en cuenta lo devengado en el último año de prestación de servicios, tal y como se observa en las sentencias proferidas el 15 de marzo de 2001, Exp. 00980-01 (Sub. A), el 28 de noviembre de 2002, Exp. 1962-02 (Sub. A), el 24 de junio de 2004, Exp. 5707-03 (Sub. B) y el 19 de mayo de 2005, Exp. 2522-04.

15. Sin embargo, indicó que con posterioridad al año 2005, tal posición jurisprudencial fue cambiada por el Alto Tribunal, señalando que la reliquidación de dicha prestación solo es posible respecto de los factores devengados al momento de la consolidación del estatus pensional y no de la época del retiro, tesis que ha sido reiterada en reciente jurisprudencia del 5 de marzo de 2019, Rad. No. 11001-03-15-000-2018-00394-00.

16. Conforme a lo anterior, para el caso concreto encontró que a través de la Resolución No. 009190 de 1998, CAJANAL le reconoció a la accionada una pensión de jubilación gracia, en cuantía de \$311.586,09, efectiva a partir del 3 de noviembre de 1996, fecha en la que adquirió el estatus jurídico de pensionada.

17. Señaló que una vez que la demandada se retiró definitivamente del servicio (27 de diciembre de 1999), dicha prestación le fue reliquidada mediante Resolución No. 31197 de 2000, incluyendo la asignación básica devengada en el último año de servicios.

18. Por lo anterior, el *a quo* concluyó que, conforme a la normatividad y jurisprudencia hoy vigente en el Consejo de Estado, a la señora MARÍA ISAURA DUARTE BOHÓRQUEZ, en principio, no le asistía el derecho a la reliquidación de la pensión gracia con la inclusión de lo devengado en el año anterior al retiro del servicio.

19. No obstante, precisó que este Tribunal, en un asunto similar (Rad. No. 2014-00462-00), indicó que, si bien existían posiciones de algunas Subsecciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado que avalaban la procedencia de la reliquidación de dicha prestación, con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de

servicios, dicha circunstancia no puede desconocerse, puesto que, en virtud de tales pronunciamientos del Alto Tribunal, se le generó una situación jurídica favorable a la demandada.

20. Finalmente, en atención a la sentencia del 20 de agosto de 2015, proferida por el Consejo de Estado dentro del proceso con Rad. No. 1755-2013, C.P. Dra. Sandra Lisseth Ibarra Vélez y al artículo 365-8 del CGP, se abstuvo de condenar en costas, en la medida que no avizó conducta temeraria o malintencionada de las partes y que no se acreditó la causación de las mismas en el proceso.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN (fls. 295-301)

21. El apoderado de la **UGPP** solicitó que se revoque el fallo de primer grado, pues considera que el *a quo* cometió una “equivocación de la interpretación de la norma aplicable”, en tanto no es cierto que el Consejo de Estado empezó a adoptar posturas respecto a no reliquidar la pensión gracia con factores salariales anteriores al año de la adquisición de status pensional hasta el año 2005.

22. Indicó que, tal y como lo admitió el juez de instancia, jurídicamente no es viable la reliquidación de la pensión gracia teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicio, pues dicha dádiva, al ser de orden legal, debe cumplir con su propio marco normativo y guardar coherencia con el mismo, de manera que deberá liquidarse sobre factores salariales devengados al momento de la adquisición del status pensional, ya que se adquiere de manera definitiva desde el primer momento en que es reconocida, sin dar lugar a la demostración del retiro.

23. En esa medida, señaló que el acto enjuiciado es contrario a las normas aplicables a la pensión gracia (artículo 4 de la Ley 4ª de 1966 y artículo 5 del Decreto 1743 del mismo año), así como al precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, pues otorgó una reliquidación que no corresponde.

24. Expuso que se negaron las pretensiones por cuanto, si bien la norma aplicable al caso es contraria a lo que estableció la resolución de reliquidación, no lo era respecto de la posición del Consejo de Estado, frente a lo que insistió que hubo una equivocación, pues fueron enunciadas las sentencias de dicha Corporación, en las cuales se establecía la improcedencia de la reliquidación de la pensión gracia al retiro del servicio, aplicables a la fecha de la resolución demandada, tales como las proferidas el 11 de octubre de 1994, Exp. 7639, el 6 de septiembre de 2001, Exp. 0185-01, el 29 de mayo de 2003 y el 9 de julio de 2009.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

25. El anterior recurso fue concedido por medio de auto del 30 de julio de 2020 (fl. 304) y admitido por esta Corporación mediante proveído del 22 de octubre de 2020 (fl. 309). A través de auto del 3 de diciembre de 2020, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 315).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante - UGPP¹

26. Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, indicando que las pensiones del régimen especial, como la pensión gracia, deben ser liquidadas al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1743 de 1966, esto es, con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, que para la prestación del asunto de la referencia, es el anterior a la consolidación o adquisición del derecho, dado que es el momento a partir del cual empieza a percibirse, pues para devengarla no es necesario el retiro definitivo del servicio oficial, sino el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 114 de 1913.

27. La **parte demandada**, guardó silencio.

CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

28. El Agente del Ministerio Público, delegado ante esta Corporación, no emitió concepto en esta oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

CONTROL DE LEGALIDAD

29. De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

PROBLEMAS JURÍDICOS

30. En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante UGPP, corresponde a esta Sala establecer si:

¹ Archivos 2-3, índice 9 – expediente electrónico.

- *¿Es procedente la declaratoria de nulidad del acto administrativo enjuiciado, por medio del cual se reliquidó la pensión gracia reconocida a favor de la accionada, con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio?*
- *En caso afirmativo, ¿procede la devolución de los dineros reconocidos a la demandada, con ocasión de la reliquidación de su pensión?*

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La pensión de jubilación gracia y su reliquidación²

31. La pensión de jubilación gracia fue consagrada mediante el artículo 1° de la Ley 114 de 1913, en favor de los maestros de las escuelas primarias oficiales, que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años.

32. Posteriormente, la Ley 116 de 1928 extendió el beneficio de la pensión gracia a los empleados docentes y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública, autorizando a los docentes, según el artículo 6, a completar el tiempo requerido para acceder a la pensión, sumando los servicios prestados en diversas épocas, tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, al asimilar para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

33. Más adelante, con la Ley 37 de 1933, el beneficio gratuito de la pensión gracia de jubilación se hizo extensivo a los maestros de escuela que hubieren completado el tiempo de servicios señalado por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.

34. Así mismo, el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, limitó la vigencia temporal del derecho al reconocimiento de la pensión gracia para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales, al señalar textualmente la norma en mención que:

“(…) Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de previsión Social conforme al

² Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Rad. No. 0258-2017. C.P. Dr. César Palomino Cortés.

Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la nación. (...)"

35. La disposición transcrita fue objeto de análisis por la Sala Plena del Consejo de Estado³, pronunciamiento en el cual se fijaron algunos lineamientos sobre la pensión gracia y en el que, a propósito del artículo 15 transcrito, puntualizó:

"(...) También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 "tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia (...) siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos". Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley. (...)"

36. Ahora bien, las pensiones reguladas por regímenes especiales se rigen por las normas aplicables a ellas, para el caso de la pensión gracia, el artículo 2 de la Ley 114 de 1913, estableció que *"La cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio. Si en dicho tiempo hubieren devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión se tomará el promedio de los diversos sueldos."*

37. Con la expedición de la Ley 4ª de 1966, se modificó el monto y el promedio y en el artículo 4 *ibídem*, no excluyó ninguna pensión de las percibidas por los servidores oficiales; dicha normatividad fue reglamentada mediante el Decreto 1743 de 1966, el cual en el artículo 5, estableció:

*"A partir del veintitrés (23) de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, **serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios**, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público."* (Resalta la Sala).

38. Conforme con lo anterior, las pensiones de régimen especial, como en este caso es la pensión gracia, no pueden ser liquidadas al tenor del ordenamiento establecido en la Ley 33 de 1985, en el entendido que no se trata de una pensión ordinaria sino especial, excluida de esta

³ Consejo de Estado. Sentencia núm. S-699 de 26 de agosto de 1997. C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actor: Wilberto Therán Mogollón.

reglamentación por determinación expresa del legislador al tenor de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1° de la Ley 33 de 1985⁴, así como tampoco puede aplicarse lo dispuesto en la Ley 62 de 1985, pues ésta solo modificó el artículo 3 y mantuvo incólume el artículo 1°, referente al régimen de excepción en su aplicación.

39. Así las cosas, se debe tener en cuenta lo establecido en el régimen anterior y el especial, es decir, el regulado en la Ley 4ª de 1966 y en su Decreto Reglamentario 1743 del mismo año, tomando como base el promedio mensual de los salarios obtenidos en el último año de servicios, **en donde este último año de servicios se refiere al año anterior a la consolidación del derecho**, en la medida en que es ese momento a partir del cual se empieza a devengar, admitiendo compatibilidad con el salario, bajo el entendido que no es necesario acreditar el retiro definitivo del servicio, para percibir la pensión gracia.

CASO CONCRETO

40. Descendiendo al caso *sub examine*, advierte la Sala que en este asunto no se encuentra en discusión si la parte demandada cumplió con cada uno de los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión gracia, sino que, por el contrario, el libelo abrió el debate concretamente a determinar la forma de liquidación de dicha prestación pensional.

41. Así pues, de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Mediante **Resolución No. 009190 del 21 de abril de 1998** (fls. 93-94), CAJANAL reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia a favor de la señora MARÍA ISaura DUARTE BOHÓRQUEZ, en cuantía de \$311.586,09, efectiva a partir del 3 de noviembre de 1996, fecha en la que adquirió el status jurídico para acceder a dicha prestación.
- ✓ Una vez la demandada se retiró definitivamente del servicio (27 de diciembre de 1999 – fl. 103), le fue reliquidada la pensión gracia a través de la **Resolución No. 31197 del 14 de diciembre de 2000** (fls. 107-108), con el 75% sobre el salario promedio de lo devengado en el año anterior al retiro definitivo (asignación básica 1998-1999), en cuantía de \$865.544,27, a partir del 27 de diciembre de 1999, acto

⁴ "No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, **ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones.**" (Se resalta).

administrativo que actualmente rige la situación pensional de la accionada (Constancia FOPEP - fls. 76-78).

42. En este punto, se advierte que esta Corporación, en sentencias previas, tales como la del 11 de abril de 2018, dentro del proceso con Rad. No. 2015-00078-00, la del 8 de octubre de 2018, dentro del proceso con Rad. No. 2014-00462-00 (citada por el *a quo*), ambas con ponencia del Dr. Óscar Alfonso Granados Naranjo y la del 20 de abril de 2020, dentro del proceso con Rad. No. 2017-00183-01, con ponencia del suscrito, avaló la procedencia de la reliquidación de la pensión gracia con la inclusión de los factores devengados en el último año de servicio, bajo la premisa de que en el periodo comprendido entre los años 2000 y 2005 algunas de las Subsecciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado lo permitieron, situación que no podía desconocerse, pues, en virtud de tales pronunciamientos del Consejo de Estado, se le generó una situación jurídica favorable a los accionados, que se tradujo en la reliquidación de sus derechos pensionales, de tal forma que se estaba ante una manifestación del principio de confianza legítima.

43. No obstante, el ponente **considera pertinente rectificar dicho criterio**, para en su lugar, acoger la postura actual del Alto Tribunal de esta jurisdicción, valga decir, que revocó las sentencias del 11 de abril y del 8 de octubre de 2018, antes referidas, a través de las providencias del **21 de mayo de 2020, Rad. Interno No. 4101-2018, C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cueter** y del **14 de agosto de 2020, Rad. Interno No. 1644-2019, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez**, respectivamente, bajo los siguientes argumentos:

“(…)

58. Lo anterior, da cuenta que **CAJANAL** reliquidó la pensión gracia sin tener en cuenta que al tratarse de una pensión especial su liquidación estaba sujeta a disposiciones de igual naturaleza (Ley 4.ª de 1966 y Decreto 1743 de ese año) y no al régimen general contenido en dicha normativa, como ya se vio anteriormente, por lo que la prestación debía ser liquidada teniendo en cuenta lo devengado en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

59. Es de señalar, que el anterior criterio ha sido desarrollado de antaño por el Consejo de Estado, tal y como se desprende de la sentencia del 6 de **septiembre de 2001⁵**, en el consideró que **el monto de la pensión gracia debía ser calculado con base en los factores salariales recibidos en la anualidad precedente a la consolidación del estatus pensional**. En esa oportunidad se precisó:

“En el caso sub lite, la actora estaba sometida a un régimen especial de pensiones, por ser beneficiaria de la ‘Pensión Gracia’ que se

⁵ Expediente: 25000-23-25-000-1998-0363-01(0185-01), C. P. Ana Margarita Olaya Forero.

otorga a los maestros territoriales de las escuelas oficiales con veinte años de servicio y 50 de edad, de conformidad con la ley 114 de 1913, que no obstante estar a cargo del Tesoro Nacional se causa sin estar afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, es decir sin que se requiera de aportes a ésta.

Es preciso aclarar además que con la expedición de la ley 62 de 1985 quedó incólume el artículo 1o. de la ley 33 del mismo año, ya que dicha preceptiva sólo modificó el artículo 3o. de la citada ley 33.

Así mismo se impone reiterar que el reajuste del valor de la pensión gracia se hace sobre los factores devengados en el año inmediatamente anterior al que se causó dicha prestación. Tratándose de esta pensión especial que se adquiere por los servicios docentes, **el último año que sirve de fundamento para su liquidación es aquel en el cual se adquirió el derecho, por haber reunido los requisitos de edad y tiempo de servicio.** No es dable, por lo tanto, pretender en esta prestación especial la aplicación del artículo 9 de la Ley 71 de 1988 sobre reliquidación de la pensión con base en el salario devengado en el último año de servicio, pues la situación que contempla dicha preceptiva comporta una situación diferente, como quiera que se trata de empleados del régimen prestacional común, para los cuales no está permitido el goce simultáneo de pensión y sueldo.

La reliquidación de la pensión en este caso tiene como claro fundamento la fecha en la cual se entra a percibir la prestación; por ello, resulta lógico que se reliquide la pensión que ha sido decretada más no percibida, situación ésta que no se da en el caso de la pensión gracia, pues, se repite, la percepción de ésta es compatible con la del sueldo". (Resalta la Sala).

60. Con fundamento en la jurisprudencia anteriormente transcrita, se tiene que el argumento expuesto para negar las pretensiones de la demanda, según el cual para el momento de la expedición del acto administrativo acusado, esto es, el 30 de agosto de 2002, la jurisprudencia del Consejo de Estado avalaba la posibilidad de la reliquidación de las pensiones gracia teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios, carece de fundamento, toda vez que para dicha fecha existían precedentes en similar sentido al aquí indicado, según los cuales el monto de la pensión gracia debía ser calculado con base en los factores salariales recibidos en la anualidad precedente a la consolidación del estatus pensional⁶.

⁶ En este sentido se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS.. Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-42-000-2014-00890-01(4284-15). Actor: LUCILA ORTÍZ DE MOYANO. Demandado: UGPP. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS. Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2014-03987-02(1663-17) Actor: UGPP. Demandado: JOSE EDGAR RODRIGUEZ RODRIGUEZ. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., nueve (9)

61. Derrotero reiterado por esta Corporación el 26 de septiembre de 2012⁷ en relación con la forma de liquidar la pensión gracia, así:

"Lo primero que se concluye es que la pensión gracia no se reconoce atendiendo los aportes efectuados a la entidad de previsión sino que es una prestación con cargo al tesoro público, pues se trata - como se dijo en el texto legal - de una pensión nacional, lo que resulta reafirmado por el Decreto 81 de 1976 mediante el cual se transfirió a la Caja Nacional de Previsión Social el pago de esta prestación, determinando que ésta entidad asumiría las funciones de la Sección de Pensiones de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entre otras, la del pago de las pensiones del personal que adquirió o adquiriera el derecho estando al servicio del magisterio de primaria.

(...)

La Caja Nacional de Previsión Social no reconoce, entonces, la pensión por los aportes a ella sufragados, sino que hace las veces de pagadora de la prestación, pero nada más, pues simplemente se le transfirió dicha función.

De otra parte, esta pensión no se rige por las Leyes 33 y 62 de 1985, sencillamente porque la 'gracia', no es una pensión ordinaria, sino especial y fue excluida de esta reglamentación por determinación específica del legislador al tenor del artículo 1º inciso 2º de la Ley 33 de 1985.

Es cierto que las pensiones especiales deben regularse por las normas aplicables a ellas y en el caso de la pensión gracia, al tenor de la Ley 114 de 1913 artículo 2º, se liquidaba atendiendo la mitad del sueldo que hubiere devengado el docente durante los dos últimos años de servicios y en caso de que ellos hubieran sido distintos, se tenía en cuenta su promedio; posteriormente la Ley 4ª de 1966, sin hacer excepción alguna a diferencia de lo que sucedió con la Ley 33 de 1985, precisó en su artículo 4º:

(...)

Esta ley, como se expresó, no excluyó ninguna pensión de las percibidas por los servidores oficiales, fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966 y allí se dijo que para liquidar la pensión se tomaría como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios. Es decir que se precisó a cuál promedio mensual se refería la Ley 4ª de 1966.

(...)

*En consecuencia, **cuando se trata de liquidar la pensión gracia debe tenerse en cuenta todo lo percibido por el beneficiario durante el***

de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2015-01921-01(2534-17). Actor: UGPP. Demandado: LYDA CECILIA LINARES DE PARRA CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 54001-23-33-000-2015-00059-01(4732-16). Actor: UGPP.. Demandado: GUILLERMINA NÚÑEZ DE SALAZAR ⁷ Expediente 05001-23-31-000-2004-07186-01(2376-11), C. P. Alfonso Vargas Rincón. Frente al particular véanse también las sentencias de 2 de septiembre de 2004 y 19 de enero de 2006, dentro de los expedientes 25000-23-25-000-2001-09709-01(4581-03) y 25000-23-25-000-2003-04682-01(5408-05), en su orden, todas con ponencia del doctor Tarsicio Cáceres Toro.

último año de servicios inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no se haya efectuado aportes a la Caja de Previsión.

(...)

Como ya se expuso, la entidad demandada mediante las Resoluciones Nos. 13122 y 29340 de 2002 y que fueron demandadas en este proceso, le reliquidó la pensión gracia a la actora con ocasión del retiro definitivo del servicio, dando aplicación a las Leyes 33 y 62 de 1985, incluyendo en la nueva liquidación los factores devengados en el periodo comprendido de enero a diciembre de 1999, es decir la asignación básica y el sobresueldo.

La anterior fue una decisión ilegal como quiera que la liquidación de la pensión gracia se realiza con base en la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al adquirir el status pensional». (Destaca la Sala).

44. Así las cosas, de acuerdo con el anterior criterio jurisprudencial, la pensión gracia debe liquidarse con base en los emolumentos devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional por cuanto: **i)** constituye una dádiva otorgada por el Estado a los maestros que no requiere efectuar aportes a entidades de previsión para su reconocimiento; **ii)** al ser compatible con el ejercicio de la docencia, su disfrute inicia a partir del momento en el cual el educador cumple los requisitos para acceder a esta, razón por cual no resulta procedente incluir factores salariales recibidos con posterioridad a la fecha de consolidación del derecho; y **iii)** no está sometida a las Leyes 33 y 62 de 1985, dado su carácter de pensión especial.

45. Por ello, tal y como lo indicó la entidad apelante, la Sala concluye que no le era dable a CAJANAL, hoy UGPP, reliquidar la pensión gracia reconocida a favor de la accionada con ocasión del retiro definitivo del servicio, motivo por el cual **se declarará la nulidad de la Resolución No. 31197 del 14 de diciembre de 2000.**

46. Ahora bien, respecto a la pretensión de restablecimiento del derecho, referente a la devolución de los dineros pagados con ocasión de la reliquidación pensional, se advierte que tratándose de casos donde se discuten actos que reconocen prestaciones periódicas, y principalmente, cuando la pretensión de restablecimiento es el reembolso de sumas de dineros pagadas y no debidas, la ley se ha encargado de cualificar la manera en que ello es posible.

47. Al respecto, el literal c) del numeral 1º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 – CPACA dispone que:

“(…)

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; (...)". (Subraya fuera de texto).

48. 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 la presunción contenida en el artículo 83 de la Constitución Política.

49. El Consejo de Estado ha sido de tal criterio, y lo ha explicado en los siguientes términos:

“Es necesario precisar que en situaciones como las que ocupa la atención de la Sala, es carga de la administración cuando impugna su propio acto, y en tanto invoca como tema de la controversia un error que le es imputable, no solo demostrar el fenómeno de la ilegalidad dentro del que se contextualiza el error que hace anulable el acto, sino además la ausencia de la buena fe en el sujeto del derecho que a la sazón se beneficia del error; no cabe duda que le (sic) presunción constitucional del artículo 83 citada es de aquellas que la doctrina denomina iuris tantum, cuestión que evidencia la imposibilidad de su información, claro siempre que milite la prueba o el argumento que de manera suficientemente explícita permita la convicción en torno a la ausencia de la buena fe de quien en su condición de titular del derecho establecido en el acto demandado concurre al plenario como parte pasiva de la acción.

En consecuencia, para la prosperidad de la demanda, las cargas que asume la administración demandante no se agotan solo con la prueba de la ilegalidad del acto sino además en y en conjunto aquella que toca con los elementos que logren infirmar la presunción a que se refiere el artículo 83 Constitucional”⁸.

50. Por lo anterior, en orden de hacer viable el reembolso de las sumas de dinero perseguidas en esta demanda, la entidad demandante debe centrar su esfuerzo procesal en demostrar no solo la ilegalidad de la reliquidación pensional, sino también, en acreditar que la obtención de tal derecho por parte de la demandada se hizo con desconocimiento de los postulados de la buena fe, que como se ha precisado, son presumibles.

51. En otros términos, tratándose del ejercicio de la acción de lesividad contra actos que versan sobre prestaciones periódicas, no opera el consecuencial restablecimiento del derecho, que permite retrotraer las

⁸ CE, S2, Sub. A. Sentencia del 20 de mayo de 2010. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Exp. No. 0807-2008.

cosas al estado anterior, sino que debe desvirtuarse la presunción de buena fe en cuanto a la consecución del derecho inicialmente obtenido.

52. En consecuencia, al no encontrarse en el caso *sub examine* prueba que determine que la demandada desplegó una conducta fraudulenta, deshonesto o maliciosa para lograr que el ente demandante accediera a la reliquidación pensional, este Tribunal negará el reembolso o la devolución de sumas de dineros pagadas.

53. Por las razones anteriores, **se revocará** la sentencia apelada y en su lugar, **se accederá parcialmente** a las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

54. En relación al criterio adoptado por el Honorable Consejo de Estado⁹ frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que, a pesar de ser objetivo, se le califica de “*valorativo*” porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 C.G.P.

55. Por tanto, en lo que respecta a las costas y agencias en derecho en la segunda instancia, se advierte que en el trámite aquí surtido no se generaron, atendiendo a que aun cuando se revoca el fallo de primera instancia, se accede de manera parcial a las pretensiones, pues se niega la devolución de los dineros solicitada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, proferida el 13 de mayo de 2020 por el Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito Judicial de Duitama, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar se dispone:

- 1. DECLARAR la nulidad** de la **Resolución No. 31197 del 14 de diciembre de 2000**, mediante la cual la extinta Caja Nacional de Previsión Social (**CAJANAL**), hoy Unidad Administrativa Especial de

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. CP. Guillermo Vargas Ayala. Expediente 25000-23-24-000-2012-00446-01. Fecha 16 de abril de 2015.

Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), reliquidó la pensión gracia de la señora MARÍA ISaura DUARTE BOHÓRQUEZ.

2. Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema SAMAI.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión virtual de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado electrónicamente
JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

Firmado electrónicamente
BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada

Firmado electrónicamente
MARTHA ISABEL PIÑEROS RIVERA
Magistrada

Constancia: “La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados que integran la Sala de Decisión en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA”.