

PENSION DE JUBILACION – Sumas pagadas en exceso. Improcedencia de descuentos. Principio de buena fe

Las consideraciones tenidas en cuenta por la administración para ordenar el descuento de las sumas por concepto del mayor valor de pensión destinadas al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, consisten en que el causante de la prestación estuvo percibiendo simultáneamente tanto la pensión de jubilación reconocida por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla como la pensión de vejez reconocida por el ISS, a pesar de que desde el reconocimiento de esta última, solo debió recibir de la primera, el mayor valor a que hubiera lugar y no el valor total de la pensión. Al respecto debe recordar la Sala que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política, las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas, deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante estas. Por su parte, el artículo 136 del C.C.A., al establecer la posibilidad de que los actos que reconocen prestaciones periódicas puedan demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los administrados, es claro en señalar que no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 136

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 08001-23-31-000-2004-02147-01(1809-09)

Actor: CECILIA ISABEL PEREIRA EBRATH y OTRO

Demandado: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

**APELACIÓN SENTENCIA
AUTORIDADES NACIONALES**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de

la demandante, quien actúa en nombre y representación de su menor hijo, Carlos Esteban Arias Pereira, contra la sentencia proferida el 8 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, CECILIA ISABEL PEREIRA EBRATH solicita al Tribunal declarar nulos los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Resolución No. 2811 de diciembre 16 de 2003 expedida por el Viceministro de Desarrollo Empresarial y Turismo, mediante la cual se reconoció al menor Carlos Esteban Arias Pereira el 50% de la diferencia entre la pensión de vejez reconocida por el ISS y la pensión de jubilación reconocida por el Ministerio de Comercio Exterior, por el fallecimiento de Pacífico Arias Navarro y se ordenó un descuento del 10% de su mesada pensional, y la Resolución No. 0784 de abril 28 de 2004, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición.

Como consecuencia de tal declaración pide declarar que la cuantía de la pensión de sobrevivientes reconocida al menor, corresponde al 50% del valor reconocido por el Ministerio de Comercio, a partir del 15 de enero de 2002; ordenar el pago de las mesadas, primas, reajustes o aumentos de mesadas; liquidar las condenas en moneda de curso legal en Colombia y ajustarlas tomando como base el índice de precios al consumidor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 del C.C.A. y dar cumplimiento a la sentencia en el término previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Como pretensión subsidiaria, solicita abstenerse de retener el 10% de su mesada o sumas superiores o inferiores a ella, por concepto de reintegro de

lo pagado en exceso.

Relata la demandante que mediante Resolución No. 411 de noviembre 17 de 1993 la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla le reconoció pensión de jubilación al señor Pacífico Arias Navarro y el Instituto de Seguros Sociales le reconoció pensión de vejez mediante Resolución No. 001000 de marzo 30 de 1999, a partir del 25 de septiembre de 1998.

Comenta que el señor Arias Navarro falleció el 15 de enero de 2002 y como beneficiarios de la prestación se presentaron Cecilia Isabel Pereira Ebrath en condición de compañera permanente y Mérida Navarro de Arias en calidad de cónyuge sobreviviente, razón por la cual el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo suspendió la solicitud pensional, hasta tanto acudieran a la justicia para resolver acerca del derecho pensional.

Relata que Carlos Esteban Arias Pereira, en su condición de hijo del causante, presentó solicitud de reconocimiento de sustitución pensional en cuantía del 50%, toda vez que es menor de edad, está estudiando y depende económicamente del pensionado, por tal razón se reconoció pensión de sobrevivientes a su favor mediante Resolución No. 2811 de diciembre 16 de 2003, emitida por el Viceministro de Desarrollo Empresarial encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Comercio, Industria y Turismo, a partir del 15 de enero de 2002, correspondiente al 50% de la diferencia entre la pensión reconocida por el Ministerio de Comercio y la reconocida por el Instituto de Seguros Sociales.

Relata que como surgió una diferencia entre una y otra pensión, se ordenó hacer un descuento del 10% de las mesadas pensionales hasta completar

el valor de \$9.210.238, que es el valor pagado en exceso con ocasión de la pensión de jubilación reconocida por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla.

Informa que contra la anterior decisión se interpuso el recurso de reposición que fue resuelto mediante Resolución No. 0784 de abril 28 de 2004.

Aduce que a pesar de que al señor Arias Navarro le fue reconocida pensión de vejez por el Instituto de Seguros Sociales y pensión de jubilación por el Ministerio de Comercio, al momento de reclamar la pensión de jubilación cumplía los requisitos para su reconocimiento.

Considera que a pesar de que el artículo 128 de la Constitución Política contiene la prohibición de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas cuya participación mayoritaria sea del Estado, está demostrado que las reservas con las que se paga la pensión de vejez no provienen del tesoro público, sino que son de carácter parafiscal, es decir, en virtud de la ley están constituidas por una contribución destinada a cubrir los riesgos de salud y pensiones, ello implica que el Instituto de Seguros Sociales paga la pensión de vejez con dinero que no es de su propiedad, sino que solo administra el fondo económico en que están reservadas las sumas necesarias para el pago de esas prestaciones, pero no hace parte del tesoro público.

Considera que como lo que se produjo en su caso particular fue la alteración de una situación individual reconocida mediante acto administrativo ejecutoriado, no podía ser modificado sin el consentimiento del titular.

Sostiene que como el titular de la pensión no tuvo injerencia en el error en que pudo haber incurrido la administración al reconocer las dos pensiones, no se puede ordenar devolver las sumas pagadas en exceso por tal concepto, pues las mismas fueron recibidas de buena fe; además, la acción de reembolso o reintegro de las mismas ya caducó, pues se trata de valores reconocidos con 5 años de antelación a la muerte del causante de la prestación.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa del menor Carlos Esteban Arias Pereira y negó las súplicas de la demanda.

Sostuvo que como el menor Carlos Esteban Arias Pereira no demostró la calidad de hijo del señor Pacífico Arias Navarro, causante de la prestación, se debe declarar la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, al tenor de lo dispuesto en el artículo 164 del C.C.A. y, en consecuencia, negar las peticiones de la demanda.

LA APELACIÓN

Inconforme con la sentencia del Tribunal, la demandante la apeló en la oportunidad procesal. Afirmó que con la decisión adoptada se está atentando contra el derecho al acceso a la administración de justicia de un menor de edad.

Aduce que la decisión del a quo es fría y exegética, pues niega las peticiones sin hacer un análisis de la situación planteada, en ella se desobedece el

deber legal que tiene el juez de impartir justicia y desconoce la actuación administrativa que precedió a expedir los actos demandados, en los que se reconoció el derecho al demandante, lo que lo legitima en la causa para actuar.

Con base en lo anterior, solicita revocar la sentencia de instancia y, en su lugar, emitir fallo de fondo favorable a sus peticiones.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Estando dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Agente del Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia. Dijo, en síntesis, lo siguiente:

Como quiera que no está en discusión el derecho pensional del demandante, no había lugar a declarar probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.

En cuanto al fondo del asunto, deben despacharse desfavorables las pretensiones de la demanda toda vez que según lo manifestado en la Resolución No. 2811 de 2003, se observa que el causante de la pensión estuvo recibiendo dos mesadas pensionales, una por parte de la Zona Franca, Industrial y Comercial de Barranquilla y otra por el Instituto de Seguros Sociales, adeudando a la primera el monto pagado en exceso, desde cuando el ISS asumió la obligación pensional, pues a ella solo le correspondía pagar el excedente, conforme a la aplicación de la compartibilidad pensional; en consecuencia, es viable el descuento de las sumas pagadas en exceso.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Resolución No. 2811 de diciembre 16 de 2003, en cuanto se ordenó el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes causada por el señor Pacífico Arias Navarro, a favor de su hijo Carlos Esteban Arias Pereira, pero con el descuento del 10% de su mesada pensional hasta completar la suma de \$9.210.238 y la nulidad total de la Resolución No. 0784 de abril 28 de 2004 mediante la cual se despachó desfavorable el recurso de reposición.

Al señor PACÍFICO ARIAS NAVARRO le fue reconocida pensión de jubilación por parte de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla mediante Resolución No. 1411 de noviembre 17 de 1993, en cuantía de \$183.723.93, a partir de esa misma fecha y hasta cuando el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación pensional de vejez, momento en el cual solo respondería por la diferencia mayor que resultara de la liquidación respectiva.

Más adelante, mediante Resolución No. 001000 de marzo 30 de 1999 el Instituto de Seguros Sociales le reconoció pensión de vejez a partir del 25 de septiembre de 1998.

El señor Arias Navarro falleció el 15 de enero de 2002, razón por la cual se presentaron diferentes solicitudes de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, entre ellas la del demandante, en su condición de hijo y para tal

efecto, aportó documentos que probaron tal calidad.¹

El Viceministro de Desarrollo Empresarial encargado de las funciones del despacho del Ministro de Comercio, Industria y Turismo, expidió la Resolución No. 2811 de diciembre 16 de 2003² mediante la cual reconoció el 50% de la pensión de sobrevivientes a favor de Carlos Esteban Arias Pereira a partir del 15 de enero de 2002 y reconoció el retroactivo correspondiente al tiempo transcurrido entre la muerte del causante y el mes de noviembre de 2003.

No obstante, ordenó que el valor reconocido por concepto de retroactivo debía ser girado a favor del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por concepto de la suma adeudada por el causante por el mayor valor de pensión reconocido durante el tiempo en que este estuvo devengando las dos pensiones; así mismo, ordenó que a las mesadas reconocidas a partir del 1º de noviembre de 2003 se les descontaría el 10% hasta completar \$9.210.238, adeudados por la pensión pagada en exceso.

La anterior decisión fue recurrida en reposición y confirmada mediante Resolución No. 0784 de abril 28 de 2004³.

La Sala debe precisar que como quiera que la controversia no está encaminada a determinar el derecho que le asiste a Carlos Esteban Arias Pereira al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, no era procedente, como lo hizo el a quo, declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, al no probar la calidad de hijo del causante.

¹ Según Resolución No. 2811 de diciembre 16 de 2003 aportó el registro civil y declaraciones extraproceso que daban cuenta de su dependencia económica respecto del causante.

² Folios 10 a 15.

³ Folios 16 a 20.

Es evidente que la administración reconoció la pensión de sobrevivientes al señor Arias Pereira porque en sede administrativa sí demostró los requisitos necesarios para hacerse beneficiario de ella.

Es imprescindible precisar que el tema objeto de debate es la legalidad o no del descuento ordenado en dicho acto administrativo, por concepto de los valores pagados en exceso con cargo a la pensión reconocida por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y que debían ser destinados al Ministerio de Comercio Exterior.

Las consideraciones tenidas en cuenta por la administración para ordenar el descuento de las sumas por concepto del mayor valor de pensión destinadas al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, consisten en que el causante de la prestación estuvo percibiendo simultáneamente tanto la pensión de jubilación reconocida por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla como la pensión de vejez reconocida por el ISS, a pesar de que desde el reconocimiento de esta última, solo debió recibir de la primera, el mayor valor a que hubiera lugar y no el valor total de la pensión.

Al respecto debe recordar la Sala que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política, las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas, deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual **se presume** en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante estas. Por su parte, el artículo 136 del C.C.A., al establecer la posibilidad de que los actos que reconocen prestaciones periódicas puedan demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los administrados, es claro en señalar que no habrá lugar a

recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

En tal medida, no resulta razonable que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en abierta contradicción de los postulados constitucionales y legales antes citados, ordene el reintegro de las sumas que fueron pagadas por ese Ministerio a causa de la pensión reconocida por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y el ISS entre abril de 1999 y el 15 de enero de 2002, tiempo durante el cual recibió doble mesada pensional, imponiendo al afectado un sorpresivo gravamen, sometiéndolo al cumplimiento de una carga que eventualmente podría exceder su capacidad económica y patrimonial, pretendiendo así purgar el descuido en que incurrió la administración por no haber adoptado las medidas necesarias, tendientes a evitar este tipo de situaciones.

Entonces, si la administración, por negligencia, le pagó al señor Pacífico Arias Navarro ambas pensiones por el mencionado periodo, no puede deducir su mala fe, menos aún tratándose de una pensión compartida, tema frente al cual existieron diversas interpretaciones y tesis jurídicas⁴.

⁴ En sentencia del 1º de septiembre de 2005, exp. 3928-02, actor JOSE MISAEL ARÉVALO S., la subsección B, precisó: En asuntos en los cuales se ha presentado problema jurídico de naturaleza similar al propuesto en esta oportunidad, se registran los siguientes pronunciamientos: (...). En sentencia de 20 de enero de 2000 dictada en el proceso No. 1086-99, se dijo que la pensión de jubilación reconocida por el SENA "... puede ser compatible con la que el Instituto de los Seguros Sociales reconozca o pueda reconocer, en virtud de que a la primera se hizo acreedor su destinatario por una previsión especial de la Ley, y la segunda proviene de cotizaciones hechas al seguro".

En sentencia de 13 de julio de 2000 se reiteraron los anteriores planteamientos y precisó la Sala que a los empleados públicos del SENA sometidos al régimen de transición previsto en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, en materia de pensión de jubilación, se rigen por las previsiones de los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y Ley 33 de 1985; por lo tanto no resultaba jurídicamente viable que una pensión reconocida con fundamento en esa normatividad quedara expuesta a que en el futuro se sometiera a un tratamiento distinto; es decir al establecido para los pensionados del I.S.S. En esas condiciones se llegó a la conclusión de que el SENA, en el acto por medio del cual reconoce la pensión, al reservarse el derecho a cubrir parcial o totalmente el monto de la pensión, con el valor de la que por el mismo concepto reconozca el I.S.S. y de manera unilateral, se autorice para que de oficio tramite ante dicho Instituto el reconocimiento de la pensión que como afiliado corresponda al servidor, quebranta el artículo 73 del C.C.A., en cuanto prohíbe a la administración revocar sin el consentimiento expreso del titular los actos creadores de situaciones jurídicas particulares, o que han reconocido derechos de igual categoría. Se estimó igualmente que la actuación de la administración en ese sentido, rompía los principios de inescindibilidad de la Ley y seguridad jurídica, en razón a que, tales cláusulas dejaban abierta la

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia recurrida y, en su lugar, dispondrá la anulación de los artículos 2 y 4 parcial de la Resolución No. 2811 de diciembre 16 de 2003 y la nulidad total de la Resolución No. 0784 de abril 28 de 2004 en cuanto ordenaron el descuento de las sumas de la mesada pensional a que tiene derecho el señor Carlos Esteban Arias Pereira en condición de beneficiario de la pensión del señor Pacífico Arias Navarro, con destino a la devolución de los mayores valores que por concepto de pensión pagó indebidamente el Ministerio de Comercio Industria y Turismo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 8 de julio de 2009 que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, dentro del proceso promovido por Cecilia Isabel Pereira Ebrath, quien actúa en nombre y representación de Carlos Esteban Arias Pereira contra el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, mediante la

posibilidad para que la pensión reconocida al amparo de los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y Ley 33 de 1985, en el futuro se rigieran por una normatividad diferente.

Sin embargo, un replanteamiento del problema jurídico planteado, especialmente del Magistrado a quien correspondió elaborar esta ponencia, ha concluido que, para que sea viable la compatibilidad entre la pensión de jubilación que reconoce el SENA con la de vejez a cargo del Seguro Social, es indispensable que en el curso del proceso se compruebe que la primera tuvo como fuente servicios o cotizaciones provenientes del sector oficial y la segunda de cotizaciones o aportes de empleadores y afiliados del sector privado. (...)

En lo atinente a la suma que la entidad demandada ordenó reintegrar por concepto de doble pago pensional desde el 1º de agosto de 1995, hasta el 31 de octubre de 1998, la Sala comparte los planteamientos que a ese respecto consignó el juzgador de primera instancia, pues de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política, las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas, deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante estas. Por su parte, el artículo 136 del C.C.A., al establecer la posibilidad de que los actos que reconocen prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los administrados, es claro en señalar que no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe".

cual se declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa. En su lugar se dispone:

1.- DECLÁRASE la nulidad parcial de los artículos 2 y 4 de la Resolución No. 2811 de diciembre 16 de 2003, proferida por el Viceministro de Desarrollo Empresarial encargado de las funciones del despacho del Ministro de Comercio, Industria y Turismo y la nulidad total de la Resolución No. 0784 de abril 28 de 2004, que resolvió el recurso de reposición, en cuanto dispusieron el descuento de sumas de la pensión reconocida a Carlos Esteban Arias Pereira en su condición de beneficiario de la pensión del señor Pacífico Arias Navarro, con destino a la devolución de los mayores valores que por concepto de pensión pagó indebidamente el Ministerio de Comercio Industria y Turismo.

2.- ORDÉNASE al Ministro de Comercio, Industria y Turismo abstenerse de hacer algún descuento a la pensión de sobrevivientes reconocida a Carlos Esteban Arias Pereira, con destino a la devolución de los mayores valores que por concepto de pensión pagó indebidamente el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones.

3.- En el evento de que hasta la fecha no se hubiere hecho efectivo el pago de la pensión de sobrevivientes a favor de Carlos Esteban Arias Pereira, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo deberá disponer su pago inmediato, en el 50% de la pensión reconocida al señor Pacífico Arias Navarro, disponiendo la actualización de las sumas que por ese concepto se adeuden, al tenor de lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.

Y, en el evento de que se hubiere pagado parcialmente la pensión, es decir, sin el retroactivo al que tenía derecho el demandante y previo el descuento a que aludían los artículos anulados conforme al numeral 1º de esta providencia, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo deberá devolver al demandante las sumas descontadas por tales conceptos y actualizarlas año a año, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.

4.- Dese cumplimiento a esta providencia, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

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

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO