

T-355-95

Sentencia No. T-355/95

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Fundamental/PENSION DE SOBREVIVIENTES

Ese derecho, para los beneficiarios es derecho fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada.

RETROSPECTIVIDAD EN PENSIONES

Además de variada, la legislación anterior y posterior a 1988 ha centrado el beneficio en el cónyuge sobreviviente. Cualquier duda que hubiere debe ser resuelta en favor del trabajador o del beneficiario, y, de todas maneras, la norma más favorable debe aplicarse RETROSPECTIVAMENTE.

ACTO ADMINISTRATIVO-Ejecutoriedad/ACTO ADMINISTRATIVO-Ejecutividad

La ejecutoriedad hace referencia a que determinado acto administrativo, cuya finalidad es producir determinados efectos jurídicos, se presume expedido con base en los elementos legales para su producción y en consecuencia es obligatorio para el administrado y la administración, razón por la cual puede ser ejecutado directamente por la administración, sin necesidad de la intervención de otra autoridad del Estado. En la doctrina moderna, la ejecutoriedad de manera alguna puede confundirse con la ejecutividad. La ejecutoriedad es propia de cualquier acto administrativo, en cuanto significa la condición del acto para que pueda ser efectuado. La ejecutividad equivale, a la eficacia que tal acto comporta, principio que no se constituye en una excepción, sino por el contrario es la regla general de todo acto administrativo.

ACTO ADMINISTRATIVO-Obligatoriedad

Por obligatoriedad se entiende la necesidad de acatamiento de los efectos jurídicos que se generan a consecuencia del mismo. Abarca tanto a los terceros como al propio ente público y a los demás. Esta obligatoriedad, de manera alguna se restringe en cuanto a su aplicación a

los administrados, por el contrario, tal exigencia se extiende a la administración.

ACTO ADMINISTRATIVO-Estabilidad/REVOCACION DE ACTO ADMINISTRATIVO

La estabilidad de los actos administrativos como carácter básico en su estructura es siempre elemento a favor del administrado y en consecuencia elemento primordial en todo proceso de seguridad jurídica, por ello para no tener en cuenta las reglas señaladas en el artículo 73 del C.C.A, debe la administración distinguir que la revocación del acto no perjudique al administrado, ni a terceros que pudieron estar afectados al acto dictado por la administración. La figura de la revocación, como facultad propia de la administración para dejar sin efectos un acto administrativo de contenido particular pero que de manera alguna puede vulnerar derechos subjetivos adquiridos. Debe establecerse desde ya que esta posibilidad dada a la administración establece determinados límites, por cuanto debe la administración respetarlos y seguir unas reglas señaladas por el legislador.

REVOCATORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO/DECRETO REGLAMENTARIO-Inconstitucionalidad e ilegalidad

Si un decreto reglamentario posterior permite suspender las situaciones jurídicas resultado de actos administrativos que no fueron debidamente impugnados, tal decreto se constituye en abiertamente violatorio de los derechos subjetivos, adquiridos por el administrador. Vemos entonces que la revocación de actos administrativos por parte de la administración, se constituye, en una verdadera excepción.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/PRINCIPIO DE EJECUTIVIDAD

La norma cuestionada permite al I.S.S. suspender una prestación social decretada legalmente. Pues bien, tal autorización deja SIN EFICACIA un acto administrativo, en otras palabras, atenta contra el principio de la ejecutividad. Adicionalmente el mencionado literal queda cuestionado por dos normas de la actual Constitución: el art. 238 que adscribe en la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo la facultad de suspender provisionalmente los efectos del acto administrativo (para el caso de esta tutela: el pago de la pensión) y el art. 83 que consagra el postulado de la buena fé (en el presente caso, como no cabe la revocatoria directa del acto administrativo porque no hay expreso y escrito consentimiento del titular, entonces, el literal b- del art. 42 del Decreto 2665/88, eludió tal situación y le quitó los

efectos, siendo esto un ejemplo de ausencia de buena fé). Por estas razones hay que concluir que dicho literal es inconstitucional.

COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA/PENSION DE SOBREVIVIENTE-Suspensión ilegal por el ISS

Existe la protección a la cosa juzgada administrativa, en cuanto favorece al administrado. Para el caso concreto, la cosa juzgada administrativa se predica del acto administrativo que concedió la pensión. Y el acto posterior (suspensión de la pensión), hecho extemporáneamente, no tiene la fuerza suficiente para sostener la opinión de que adquirió la presunción de legalidad, porque la suspensión se ampara en una norma ilegal e inconstitucional. Por consiguiente, no es justo que en 1995, veinte años después de decretada una sustitución pensional, venga a tomarse la decisión unilateral de suspenderla con la disculpa, muy discutible, de que en 1973, el cónyuge supérstite no tenía derecho a ella y con invocación de un decreto reglamentario al cual se le aplican las excepciones de inconstitucionalidad y de legalidad; y con el desconocimiento de los principios, caracteres y consecuencias de todo acto administrativo. La determinación del I.S.S. al suspender la pensión de sobrevivientes, no sólo es susceptible de demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino de tutela y ocasiona un perjuicio irremediable.

PERJUICIO IRREMEDIBLE POR SUSPENSION DE PENSION

Suspender una pensión disfrutada desde hace muchísimos años por un anciano ocasiona un perjuicio grave e irremediable que implica medida urgente y que torna a la medida en impostergable si se trata de una persona que ha superado el promedio de vida probable de los colombianos.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA A FAVOR DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD

El Juez de tutela debe ponderar que en el caso concreto no había discrecionalidad para suspender la pensión (que en el fondo es una revocatoria de la pensión decretada) y al tomarse tal medida se violaron derechos fundamentales. Como esto ocurrió, el perjudicado puede instaurar acción contencioso-administrativa, pero, dada su avanzada edad que un momento dado convertiría en ineficaz una lejana sentencia, entonces la tutela sería viable como mecanismo transitorio puesto que se ha ocasionado un perjuicio irremediable a una persona de la tercera edad. Pero, el presente fallo puede ir más allá y conceder la tutela de

manera definitiva, como ocurrió en la citada sentencia 189/95, esto es porque se ha invocado en el presente fallo la excepción de inconstitucionalidad del literal b- del art. 42 del Decreto 2665 de 1988, lo cual implica también la excepción de inconstitucionalidad para la Resolución que suspendió la pensión, invocando tal decreto reglamentario.

REF: EXPEDIENTE T-65198

Peticionario: Carlos Alfonso Adams Ordoñez

Procedencia: Juzgado 50 Civil Municipal de Santafé de Bogotá.

Temas:

-Cuándo la pensión de sobrevivientes es derecho fundamental.

-Límites a la acción de lesividad y a la revocatoria directa de actos administrativos (Derechos subjetivos consolidados).

-Ejecutoriedad, Ejecutividad, Eficacia y Estabilidad del acto administrativo.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá D.C., (9) nueve de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela identificado con el número de radicación T-65198 adelantado por Carlos Alfonso Adams Ordoñez, mediante apoderado, contra el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto No. 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

1. Solicitud.

El I.S.S., por resolución 09756 de 14 de diciembre de 1973 concedió pensión de sobreviviente, con mesada de \$660,00 mensuales, a Carlos Alfonso Adams Ordoñez, en calidad de cónyuge supérstite de la asegurada fallecida Ana Dueñas de Adams.

Al señor Adams se le venía pagando cumplidamente su pensión hasta cuando, por Resolución 01049 de 23 de febrero de 1994, se le suspendió argumentándose que en 1973 el cónyuge varón no podía ser beneficiario de la pensión de su esposa y ello implicaría, según el artículo 42 del Decreto 2665 de 1988 la suspensión de la prestación.

Interpuso reposición y apelación contra la Resolución 01049 de 1994 que le suspendió la pensión; no prosperó la reposición el 11 de octubre de 1994 (Resolución 07027) y no aparece en el expediente elemento de juicio que permita pensarse que la apelación ya hubiere sido resuelta.

El solicitante afirma encontrarse en limitado estado de salud, no contar con otro medio de subsistencia y tener en la actualidad 74 años.

2. Decisión de primera instancia.

La Juez 50 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, en sentencia de 25 de noviembre de 1994, luego de un prolijo análisis, declara improcedente la acción. Finaliza con esta apreciación:

“.... debemos concretar que el fundamento que trae a colación el accionante basado en el art.73 del Código Contencioso Administrativo, no puede ser de recibo en este caso específico por cuanto aquí la decisión tomada por el Instituto de Seguros Sociales Nivel Nacional y en la que ordenó suspender la prestación conferida a CARLOS ALFONSO ADAMS es un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad, y de otra parte no es una simple comunicación, la que sí no tendría ningún otro mecanismo de defensa judicial.”

3. Decisión de segunda instancia.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS.

A. Competencia.

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para conocer de esta revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

B. Temas jurídicos a tratar.

Se ratificarán estas jurisprudencias de la Corte Constitucional: la pensión como derecho subjetivo, la caracterización del perjuicio irremediable, la avanzada edad como factor para tener en cuenta en la tutela como mecanismo transitorio; y se profundizará respecto a este tema: se estudiará la vigencia del literal b-, artículo 42 del decreto 2665 de 1988, frente a la Constitución y la ley, teniendo en cuenta la evolución del derecho administrativo desde la regla de la revocabilidad a la institución de la cosa juzgada administrativa, y la oportunidad que tienen las entidades públicas para demandar la nulidad y el restablecimiento del derecho (acción de lesividad).

1. La pensión es un derecho subjetivo.

Primero hay que señalar la naturaleza de las pensiones, en general.

En reciente sentencia de esta Sala¹ se dijo:

La pensión, cuando ha adquirido la condición de situación jurídica concreta, merece la especial protección ya señalada por esta Sala de Revisión al estudiar la transformación jurisprudencial que a partir de 1946 se dió al tema de las pensiones. Hizo la Corte Constitucional, en la sentencia aludida (T-456/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero) un recuento histórico desde cuando la pensión se consideraba como una GRACIA o RECOMPENSA GRATUITA². Dice la Corte Constitucional:

“Con estas actitudes, nadie se atrevía a plantear en aquél entonces que se considerara a las pensiones como derecho adquirido³. Se necesitó que el Consejo de Estado principiara a darle un nuevo enfoque a la liquidación de las pensiones para que lo que había sido salvamento de voto en 1915 se convirtiera en doctrina mayoritaria de la Corte Suprema en 1946.

La inicial tesis de la Corte Suprema fue variada radicalmente el 28 de febrero de 1946, por sentencia del doctor ANIBAL CARDOSO GAITAN, cuando se declaró inexecutable el artículo 9 del Decreto de 1932. Dijo la Corte Suprema:

“El régimen jurídico de la pensión de retiro, como el del sueldo, depende de la naturaleza jurídica de la pensión. en tanto que las condiciones legales no se han llenado (pensión eventual) el agente público se halla en una situación legal y reglamentaria; cuando las condiciones legales se han llenado, aquél se encuentra en una situación jurídica individual”⁴

Para llegar a estas conclusiones, la sentencia considera al sueldo y a la prestación como “ventajas personales” y les da como respaldo constitucional el respeto que se debe tener a los derechos adquiridos “con arreglo a las leyes civiles” (artículo 10 del Acto Legislativo # 1 de 1936).

Este viraje, expresado en una decisión que estableció inconstitucional el tope máximo para pensiones, fijaba además estos criterios:

“Desde que un agente público ha llenado las condiciones preestablecidas y se ha producido por los medios legales el reconocimiento de una pensión en su favor, tiene el status que corresponde a una pensión adquirida. El derecho del agente público es entonces irrevocable

en el sentido de que las condiciones, las bases de la liquidación, las tarifas que resultan de los textos legislativos en vigor en tal momento, no podrían ser modificados en detrimento suyo".⁵

En 1961 reitera la Corte Suprema, en sentencia de constitucionalidad, que las pensiones son derechos personales de los beneficiarios y créditos contra la entidad que la concede⁶ y, tanto el antiguo Tribunal Supremo del Trabajo como luego la Sala de Casación Laboral de la Corte, ya no ponen en duda que cuando el pensionado adquiere una situación jurídica concreta no puede menoscabársele.

Esto se acerca mucho a la interpretación de la Carta del 1991 que permite afirmar que las prestaciones sociales adquiridas son derechos subjetivos, patrimoniales.

La Nueva Constitución se expidió precisamente con el fin de asegurar el trabajo dentro de un marco económico y social justo (Preámbulo de la Carta), caracterizándose al Estado como social de derecho, fundado entre otras cosas en el respeto al trabajo (artículo 1º), teniendo como uno de sus fines esenciales la efectividad de los derechos dentro de los cuales está la remuneración, el reajuste y el pago oportuno de la pensión (artículos 53, 46 y 48).

No hay la menor duda de que salario y prestaciones son protegidos constitucionalmente. Es más, el constitucionalismo del 91 no se limita a promulgar los derechos, a dejarlos escritos, sino a protegerlos realmente.

“Ahora bien, en derecho público como en derecho privado, la efectividad de las obligaciones sólo se logra si existen los mecanismos judiciales necesarios para que los individuos puedan existir tales conductas por parte del Estado. De lo contrario el derecho se convierte en una mera proclamación de propósitos que nadie asume como propios. En el caso de los derechos constitucionales fundamentales se ha establecido la tutela con el fin de hacer efectivos los derechos de manera pronta y adecuada. La acción de tutela es la respuesta instrumental al propósito del constitucionalismo contemporáneo, según el cual las personas deben gozar efectivamente de sus derechos fundamentales”⁷

El criterio para saber cómo se protege este derecho fundamental, ha sido fijado en varias sentencias de la Corte Constitucional, por ello, viene al caso hacer esta referencia:

“Esta Corporación estima que las conductas omisivas de las entidades encargadas de la seguridad social (Caja Nacional de Previsión Social, Instituto de los Seguros Sociales) en atender y cumplir debida y prontamente con sus obligaciones frente a los pensionados atenta contra el principio fundamental que rige nuestro Estado social de derecho y que constituye uno de sus fines esenciales, consistente en la eficacia real y no formal de los derechos fundamentales de los asociados.

En efecto, el simple reconocimiento de las pensiones no implica que el derecho haya sido satisfecho en debida forma. Para ello es indispensable en aras de darle eficacia material, que efectivamente al pensionado se le cancelen cumplidamente las mesadas futuras y atrasadas, y que se le reconozca en aquellos casos que así se solicite, obviamente si se dan los presupuestos legales, la reliquidación o reajuste de la pensión a que tiene derecho. Obligación que debe hacerse efectiva dentro de los términos legales previstos para ello, en aras a no afectar ni desmejorar los derechos ni la calidad de vida de los pensionados.”⁸

2. Cuándo la sustitución pensional es derecho fundamental.

Vista la importancia del mantenimiento y pago de las mesadas pensionales a fin de garantizar la calidad de vida de los pensionados, se entrará a estudiar el caso concreto de la sustitución pensional (pensión de sobrevivientes).

En sentencia T-292 de 5 de julio de 19959 se precisó:

“Para la Corte es necesario reiterar que la pensión de invalidez y su equivalente, la sustitución pensional, son medidas de justicia social a favor de personas que se encuentran en situaciones de involuntaria e insufrible necesidad o, que por circunstancias de debilidad manifiesta, de carácter económico, físico o mental, requieren un tratamiento diferencial positivo o protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad (inciso 2 y 3 del artículo 13 C.N.).”

Y, en la misma providencia, se trata el tema del respeto a los derechos subjetivos reconocidos a través de un acto administrativo. Dijo la Corte dentro de un caso en el cual la tutela prosperó:

“Razones de seguridad jurídica y de respeto a los derechos adquiridos o de las situaciones

jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona, como también la presunción de legalidad de las decisiones administrativas en firme, avalan el principio de la inmutabilidad o intangibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por la administración a través de un acto administrativo.

Es cierto que según el inciso 2º del art. 73 en referencia, es posible la revocación de los actos administrativos de contenido subjetivo o particular y concreto, cuando resulten del silencio positivo, si se dan las causales previstas en el art. 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales, pero esta norma debe ser entendida en el sentido de que hace alusión exclusivamente al llamado acto presunto, producto del silencio administrativo positivo, que ha reconocido una situación jurídica particular o un derecho subjetivo a una persona.

Dicho de otra manera, los actos administrativos expresos expedidos por la administración que reconocen un derecho subjetivo no son revocables por ésta sino en los términos ya indicados (art. 73, inciso 1 del C.C.A.). en tal virtud, cuando la administración observe que un acto de esta naturaleza es contrario a la Constitución o a la ley, debe proceder a demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 149 inciso 1º del C.C.A.), pero no podrá revocarlo directamente, pues con ello lesiona derechos de los administrados y se atenta contra la seguridad jurídica de los ciudadanos.”¹⁰

Y, concretamente sobre el caso de pensión de sobrevivientes, esta Sala Séptima, ya había indicado:

“Este derecho es cierto e indiscutible, irrenunciable; la transmisión en el sector privado fue reglada por la Ley 33 de 1973 artículo 1º. Teniendo como antecedentes el Código Sustantivo del Trabajo art. 275, Ley 171 de 1961 art. 12, Ley 5º de 1969 art. 1º, Decreto 435 de 1971 art. 15 y la Ley 10 de 1972 art. 10. En la Ley 100 de 1993 a esta situación se le da el calificativo de PENSION DE SOBREVIVIENTES (artículo 46 a 49). Se ratifica que a ella tiene derecho en forma vitalicia el cónyuge supérstite y se aclara que además son beneficiarios los hijos menores de 18 años y hasta los 25 siempre que estén incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante y mientras subsistan las condiciones de invalidez (art. 47-b)

Ese derecho, para los beneficiarios es derecho fundamental por estar contenido dentro de

valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada.

La suspensión de hecho, por parte del patrono, del pago de las mesadas, no significa la pérdida del derecho, ni la caducidad de la acción, esa suspensión solamente influye en la prescripción trienal de la mesada.

Mientras no exista una decisión judicial, no puede el patrono eludir ni retener la Pensión de Sobreviviente. Y si lo hace, su ilicitud no puede ser causal de la extinción del derecho.”¹¹

3. Retrospectividad laboral.

En el caso presente se suspendió la pensión del actor con base en el Decreto 2665 de 1988. Es necesario, entonces, ver los antecedentes de la norma, analizar la validez de ella y cotejarla también con la legislación posterior.

Ha sido extensa y variada la legislación sobre este tema de la sustitución de pensión al cónyuge. Antes de 1988 existía esta legislación:

- Ley 90 de 1946, artículo 59: establece la pensión vitalicia mensual a la viuda, sea o no inválida y al viudo inválido.

-Ley 171 de 1961, artículo 12: la establece para el CONYUGE durante los dos años subsiguientes al fallecimiento del empleado jubilado o con derecho a jubilación.

-Decreto 3041 de 1966: aprueba el Reglamento del Seguro Social Obligatorio y en su art. 21 habla de la pensión a favor del CONYUGE SOBREVIVIENTE.

-Ley 5ª de 1969 artículo 1º: habla del CONYUGE y ratifica los 2 años de pensión, pero continúa hablando de “empleado”.

-Decreto 433 de 1971: expresamente deroga (art. 67) la Ley 90 de 1946.

-Decreto 435 de 1971, artículo 15: ya habla de TRABAJADOR PARTICULAR y de SU CONYUGE y amplía a CINCO AÑOS.

-Ley 10 de 1972, artículo 10: modifica el anterior en el sentido de que para quienes llevaban dos años de sustitución la prórroga sería hasta completar los cinco.

-Ley 3 de 1973: Esta norma es para trabajadores particulares y para trabajadores oficiales y transforma en vitalicias las pensiones de LAS VIUDAS.

-Ley 12 de 1975: habla de EL CONYUGE SUPERSTITE si el trabajador fallece antes de cumplir la edad cronológica, pero con tiempo de servicio.

-Ley 4ª de 1976: extiende al beneficiario los servicios médicos, odontológicos, etc.

-Ley 44 de 1980: facilita el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales.

-Ley 113 de 1985: define quién es cónyuge supérstite: “esposo o esposa de la persona fallecida”.

-Ley 71 de 1988: extiende las previsiones de la sustitución pensional y precisa que las normas legales apenas contienen los derechos mínimos.

En 1988 se expidió:

- Decreto 2665 de 1988, artículo 42, literal b: permite suspender las prestaciones económicas y de salud, por parte del I.S.S., “cuando se compruebe que conforme a los Reglamentos del seguro, no se tenía derecho a ellas”¹². Se trata de una norma que suspende los efectos de un acto administrativo proferido con anterioridad y curiosamente incluida dentro de un decreto que expresamente dice en su artículo 103 que se aplicará analógicamente el Código Contencioso Administrativo.

Con posterioridad al Decreto 2665 de 1988 fue expedida la Ley 100 de 1993 (arts. 46 a 49): reafirma que se concede en forma vitalicia al “cónyuge supérstite,” la pensión de sobrevivientes.

Además de variada, la legislación anterior y posterior a 1988 ha centrado el beneficio en el cónyuge sobreviviente. Cualquier duda que hubiere debe ser resuelta en favor del trabajador o del beneficiario, y, de todas maneras, la norma más favorable debe aplicarse

RETROSPECTIVAMENTE.

4.1. EJECUTIVIDAD, OBLIGATORIEDAD Y EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Conviene establecer con meridiana claridad el significado que comporta el valor de Eficacia, Obligatoriedad, Ejecutoriedad, Ejecutividad y Estabilidad del acto administrativo. La ESTABILIDAD constituye un CARACTER del acto administrativo,¹³ o un PRINCIPIO del mismo.¹⁴ Si la Administración expide una Resolución concediendo una sustitución de pensión, tal Acto administrativo adquiere estabilidad y por lo tanto ingresa al mundo jurídico. Otro carácter con categoría de principio, según CASSAGNE es la EJECUTORIEDAD; explica este tratadista:

“Como un principio consubstancial al ejercicio de la función administrativa se halla la ejecutoriedad del acto administrativo, que consiste en la facultad de los órganos estatales que ejercen dicha función administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico”.¹⁵

Marienhoff dice: “La ejecutoriedad del acto administrativo significa que, por principio, la Administración misma y con sus propios medios lo hace efectivo, poniéndole en práctica.”¹⁶ O sea: si se profiere una Resolución decretando una pensión la misma entidad que profirió el acto administrativo debe ponerlo en práctica y unilateralmente no puede quitar o suspender los efectos.

4.2. Esta diferencia trae consecuencias de suma importancia en el campo de la certeza jurídica propia de todo Estado de Derecho. Pero antes es necesario indicar que en la teoría administrativa se diferencian la ejecutoriedad de la ejecutividad:

“En nuestra opinión la ejecutoriedad y la ejecutividad actúan en dos planos distintos: la primera hace a las facultades que tiene la Administración para el cumplimiento del acto administrativo, sin intervención judicial, utilizando excepcionalmente la coacción; la ejecutividad en cambio se refiere al título del acto en el plano procesal, siendo ejecutivo - conforme a todo nuestro ordenamiento jurídico procesal- aquel acto que, dictado con todos los recaudos que prescriben las normas legales, otorguen el derecho procesal de utilizar el proceso de ejecución. El título ejecutivo del acto administrativo, no es pues en nuestro país la regla o el principio, sino la excepción y debe hallarse fundado en norma legal. Por otra parte,

a diferencia del derecho privado, donde la creación del título ejecutivo proviene del obligado, la Administración Pública (cuando la norma legal la autoriza) es quien crea unilateralmente el título ejecutivo, siendo éste el rasgo fundamental que caracteriza la ejecutividad del acto administrativo.”¹⁷

La ejecutoriedad hace referencia a que determinado acto administrativo, cuya finalidad es producir determinados efectos jurídicos, se presume expedido con base en los elementos legales para su producción y en consecuencia es obligatorio para el administrado y la administración, razón por la cual puede ser ejecutado directamente por la administración, sin necesidad de la intervención de otra autoridad del Estado.

En la doctrina moderna, la ejecutoriedad de manera alguna puede confundirse con la ejecutividad. La ejecutoriedad es propia de cualquier acto administrativo, en cuanto significa la condición del acto para que pueda ser efectuado. La ejecutividad equivale, a la eficacia que tal acto comporta, principio que no se constituye en una excepción, sino por el contrario es la regla general de todo acto administrativo, según García Trevijano. Constituyéndose entonces en real y efectiva aplicación del contenido del mismo sin que se difiera su cumplimiento.

“Este carácter de exigibilidad proviene del cumplimiento de todos los requisitos que hacen a la existencia del acto. Es distinto a la ejecutoriedad del acto, la cual determina que la administración, aplique el orden jurídico y ejecute por si misma el acto, con la posibilidad de acudir a diversas medidas de coerción para asegurar su cumplimiento.”¹⁸

4.3. En algunas ocasiones se ha confundido el significado de tales expresiones, pero es claro que la doctrina distingue la obligatoriedad de la efectividad que el acto administrativo produce. Diferenciación también establecida en el Código Contencioso Administrativo señalado en los artículos 48, 64, 65, y 66.

La obligatoriedad se constituye en elemento intermedio entre la ejecutoriedad y la ejecutividad del acto administrativo.

La obligatoriedad como carácter presente en la formación de todo acto administrativo, se presenta como elemento fundamental (retomada por el tratadista García Trevijano) en relación a lo que Laband denominó “la obligatoriedad del acto en sentido verdadero, es decir

, en el negocio jurídico de Derecho público”.19

Por obligatoriedad se entiende la necesidad de acatamiento de los efectos jurídicos que se generan a consecuencia del mismo. Abarca tanto a los terceros como al propio ente público y a los demás. Esta obligatoriedad, de manera alguna se restringe en cuanto a su aplicación a los administrados, por el contrario, tal exigencia se extiende a la administración. En tal sentido debe comprenderse el principio antes citado.

4.4. Visto lo anterior, se pasa a analizar los elementos que afectan el acto administrativo.

La estabilidad de los actos administrativos como carácter básico en su estructura es siempre elemento a favor del administrado y en consecuencia elemento primordial en todo proceso de seguridad jurídica, por ello para no tener en cuenta las reglas señaladas en el artículo 73 del C.C.A, debe la administración distinguir que la revocación del acto no perjudique al administrado, ni a terceros que pudieron estar afectados al acto dictado por la administración.

Revisemos para los efectos del presente análisis la figura de la revocación, como facultad propia de la administración para dejar sin efectos un acto administrativo de contenido particular pero que de manera alguna puede vulnerar derechos subjetivos adquiridos. Debe establecerse desde ya que esta posibilidad dada a la administración establece determinados límites, por cuanto debe la administración respetarlos y seguir unas reglas señaladas por el legislador.

Cabe recordar que expresamente el artículo 73 de C.C.A establece que “Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica particular y concreta o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”. Como vemos se trata de una renuncia por parte del administrado, que se constituye en una clara declinación por parte del interesado de los derechos que el acto le confiere. Es clara esta disposición y en consecuencia resulta violatorio de toda la normatividad pretender desconocer lo que allí la norma prescribe.

En el estudio del artículo 73 del C.C.A., el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 6 de mayo de 1992 expresó:

“De manera pues, que si para lograr la expedición de un acto administrativo que reconoce un derecho individual se ha hecho uso de medios ilegales, el derecho no es digno de protección y en ese caso opera el mandato contenido en el artículo 69 del C.C.A., según el cual “Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores...” porque indudablemente se da la primera de las causales que dan lugar a la revocatoria directa. A juicio de la Sala, esta interpretación consulta los principios constitucionales y además constituye una especie de sanción para quienes recurren a medios ilegales para obtener derechos.

Obviamente sólo en el caso de los actos provenientes del silencio administrativo positivo, cuando se dan las causales contempladas en el artículo 69 del C.C.A. y cuando el titular del derecho se ha valido de medios ilegales para obtener el acto, puede revocarse directamente sin su consentimiento expreso y escrito; no cabe este proceder, cuando la administración simplemente ha incurrido en error de hecho o de derecho, sin que tenga en ello participación el titular del derecho. En ese caso, estará obligada a demandar su propio acto ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del particular para revocarlo.”

4.5. Resulta procedente entonces señalar que si un decreto reglamentario posterior permite suspender las situaciones jurídicas resultado de actos administrativos que no fueron debidamente impugnados, tal decreto se constituye en abiertamente violatorio de los derechos subjetivos, adquiridos por el administrador. Vemos entonces que la revocación de actos administrativos por parte de la administración, se constituye en términos de Marienhoff, en una verdadera excepción.

“La revocabilidad del acto administrativo no puede ser inherente a su esencia, ni puede constituir el “principio en esta materia. La revocación del acto administrativo es una medida excepcional, verdaderamente anormal. En suma, la estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, a tal punto que puede incluso sentarse un principio general en tal sentido, que sólo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa²⁰”.

Ha dicho nuestro más alto Tribunal en este sentido:

“Que no existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisables, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando

los derechos nacidos o, consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades”²¹

Conviene aclarar que la estabilidad del acto creador de derechos alcanza a toda la administración en el doble sentido de que el acto administrativo de cualquier órgano o ente administrativo pueda ser “cosa juzgada administrada”, sea un ente autárquico, empresa del Estado, y de que en la medida en que se ha producido la estabilidad, el acto no puede ser revocado por el mismo órgano que lo dictó por un órgano administrativo superior; en otras palabras, que la limitación a la facultad de revocar, modificar o sustituir un acto no sólo al órgano o ente emisor del mismo, sino a toda la administración.²²

Esta apreciación tiene importancia para el caso que motiva esta tutela. En efecto, la norma cuestionada (literal b- del art. 42 del Decreto 2665/88) permite al I.S.S. suspender una prestación social decretada legalmente. Pues bien, tal autorización deja SIN EFICACIA un acto administrativo, en otras palabras, atenta contra el principio de la ejecutividad. Adicionalmente el mencionado literal queda cuestionado por dos normas de la actual Constitución: el art. 238 que adscribe en la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo la facultad de suspender provisionalmente los efectos del acto administrativo (para el caso de esta tutela: el pago de la pensión) y el art. 83 que consagra el postulado de la buena fé (en el presente caso, como no cabe la revocatoria directa del acto administrativo porque no hay expreso y escrito consentimiento del titular, entonces, el literal b- del art. 42 del Decreto 2665/88, eludió tal situación y le quitó los efectos, siendo esto un ejemplo de ausencia de buena fé). Por estas razones hay que concluir que dicho literal es inconstitucional.

Esta acción es una figura que, al igual que la revocación, limita la estabilidad propia de todo acto administrativo, por lo tanto debe sujetarse a precisos parámetros señalados por el legislador.

Por ello, esta acción tiene una caducidad de dos años. Se afirma lo anterior porque desde 1984 el Decreto 01 que modificó el Código Contencioso Administrativo (expedido con fundamento en facultades extraordinarias) estableció que tratándose de la acción de restablecimiento del derecho, (la única que se predica de “situaciones individuales y concretas”), si el demandante es una entidad pública, la caducidad “será de dos años” (disposición repetida en el Decreto 2304 de 1989, art. 23). Y, el artículo 73 (también vigente

hoy) es riguroso. Disposición que venía desde el Decreto 2733 de 1959.24

Quiere decir lo anterior que si transcurrió el año de 1986 (2 años después del Decreto 01 de 1984) y no se demandó por la Entidad pública, la acción caducó y NO podía después efectuarse la revocatoria directa sin el consentimiento expreso del titular. Y si un decreto reglamentario posterior permite desconocer las situaciones jurídicas concretas que resultaron de actos administrativos que no fueron oportunamente impugnados, tal decreto es violatorio de derechos adquiridos y por lo tanto sería inconstitucional e ilegal.

Es decir, es restringida y sujeta a caducidad la posibilidad de dejar sin efectos un acto de la administración que establece situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, y esta facultad excepcional le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

4.7. Además, existe la protección a la cosa juzgada administrativa, en cuanto favorece al administrado. Este aspecto lo desarrolla CASSAGNE, así:

“Hace mucho -aproximadamente hasta la segunda mitad de este siglo- se sostenía la existencia de un principio que caracterizaba al acto administrativo y lo tornaba diferente del acto del derecho privado: la regla de la revocabilidad. Tal principio es contemporáneo a la construcción de la teoría del acto administrativo como acto exclusivamente unilateral, donde al caracterizarlo como producto de un solo sujeto estatal dotado de prerrogativas de poder público, el mismo podía revocar el acto sin necesidad de obtener la conformidad del administrado. De esta manera, a diferencia de los actos de derecho privado -que eran en principio irrevocables como regla general puesto que la existencia de los contratos hacía imposible la aceptación del dogma de la revocabilidad- un sector de la doctrina ha sostenido que éste era de la esencia del acto administrativo.

Sin embargo, como reacción contra el absolutismo que entrañaba la tesis del acto unilateral esencialmente revocable, surgió una suerte de protección contra la posibilidad de extinguir ciertos actos en la Administración Pública, dando origen a la institución de la denominada “cosa juzgada administrativa”, a pesar, a pesar de que su régimen no fuera enteramente similar al de la cosa juzgada judicial.

En efecto, la cosa juzgada administrativa se distingue de la cosa juzgada judicial por dos aspectos esenciales: a) se trata de una inmutabilidad estrictamente formal -no material- en el

sentido de que nada impide que el acto que tiene estabilidad en sede administrativa sea después extinguido por el órgano judicial; y b) porque siempre se admite la revocación favorable al administrado.

Pero lo cierto es que por influencia especialmente de los teóricos alemanes la tesis de la “cosa juzgada administrativa” fue ganando adeptos sin que se advirtieran mayormente las transformaciones que se operaban en forma contemporánea en el campo del derecho administrativo”.²⁵

En la doctrina moderna, ha sido superado el concepto de Bielsa quien sostenía que “el acto administrativo es, por principio general, revocable” y hoy se admite la inmutabilidad formal que implica que la revocabilidad sólo procede en circunstancias de excepción y no procede cuando viola leyes superiores, como ya ha quedado explicado.

Para el caso concreto, la cosa juzgada administrativa se predica del acto administrativo que concedió la pensión. Y el acto posterior (suspensión de la pensión), hecho extemporáneamente, no tiene la fuerza suficiente para sostener la opinión de que adquirió la presunción de legalidad, porque la suspensión se ampara en una norma ilegal e inconstitucional, según se dijo antes y se corrobora a continuación.

4.8. El Decreto 2665 de 1988, es un DECRETO REGLAMENTARIO, expedido con invocación del numeral 3º del artículo 120 de la antigua Constitución. Este Decreto reglamentario, permitió la suspensión de las prestaciones sociales y de salud concretas cuando violaran el reglamento del I.S.S.

Si el Decreto 2665 de 1988 se expidió con fundamento en el artículo 120 numeral 3º de la anterior Constitución, ha debido respetarse lo dicho allí: que el decreto busca “la cumplida ejecución de la leyes”. Pues bien, no se ajustó a la ley porque pasó por alto las normas del Código Contencioso Administrativo antes señaladas. Con mayor razón es inconstitucional hoy porque viola los artículos 1º, 2º, 58, 123 de la Constitución Política. Los artículos 2º y 58 porque las autoridades de la República deben proteger los “bienes” (dentro de ellos están las pensiones) y garantizar “los derechos adquiridos” (una resolución que otorga una pensión crea un derecho). El 123 por cuanto los servidores públicos “ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, ley y el reglamento” y ocurre que el literal b- del artículo 42 del Decreto en mención consagró una suspensión que violaba normas del Código

Contencioso. Y, por último, se desconoce el artículo 1º de la Carta que consagra el Estado Social de Derecho.

Por consiguiente, no es justo que en 1995, veinte años después de decretada una sustitución pensional²⁶, venga a tomarse la decisión unilateral de suspenderla con la disculpa, muy discutible, de que en 1973, el cónyuge supérstite no tenía derecho a ella y con invocación de un decreto reglamentario al cual se le aplican las excepciones de inconstitucionalidad (art. 4º C.P.) y de legalidad; y con el desconocimiento de los principios, caracteres y consecuencias de todo acto administrativo.

La determinación del I.S.S. al suspender la pensión de sobrevivientes, no sólo es susceptible de demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino de tutela y ocasiona un perjuicio irremediable. Como esto último no fue bien comprendido por el ad-quem, se requiere repetir lo ya dicho por la Corporación en numerosos casos.

“El Juez de tutela evaluará la situación, en cada caso concreto, para prevenir un perjuicio irremediable, convergiendo así el derecho y la realidad.

“Ha señalado en reiteradas oportunidades esta Corporación, que para la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, es indispensable que exista con certeza la posibilidad de que se produzca el perjuicio, para lo cual el fallo de tutela se presenta en este caso, como el medio idóneo de protección inmediata y transitoria de los derechos fundamentales del afectado, mientras el juez competente se pronuncia de manera definitiva”²⁷

El criterio del juzgador tendrá en cuenta que:

“... será necesario evaluar si los hechos que se ponen en como en conocimiento de la autoridad judicial son inminentes y graves, frente a lo cual resultaría necesario adoptar una solución en forma urgente e impostergable. Debe en este punto establecer esta Sala de Revisión, que no todo perjuicio que de por sí acarrea un menoscabo físico, psíquico o patrimonial puede calificarse como irremediable. Diariamente los asociados se enfrentan a situaciones que pueden resultar perturbadoras, inquietantes, e incluso alarmantes, pero que no ameritan, a través de la acción de tutela, todo el desplazamiento inmediato del aparato judicial para remediar el problema; es decir, se trata de circunstancias que no reúnen los elementos del “perjuicio irremediable” definidos anteriormente, y, que, por tanto, pueden ser

solucionadas mediante el uso de las acciones ordinarias ante las jurisdicciones competentes”.²⁸

La sentencia que precisa los elementos del perjuicio irremediable es la siguiente:

“A- El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación

para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas.”²⁹

Y, en sentencia que declaró inexecutable el inciso 2º del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 la Corte dijo:

“Tratándose de la segunda modalidad de la acción de tutela - cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable -, el dato legal, esto es, la existencia de un medio judicial ordinario no es óbice para que la persona pueda instaurarla. Por el contrario, el presupuesto de procedibilidad de esta acción es precisamente la existencia de un medio legal de defensa que, sin embargo, no impide que la persona puede apelar transitoriamente a la acción de tutela justamente para evitar un perjuicio

irremediable.³⁰

Por supuesto que establecer CUANDO existe el perjuicio irremediable no es tarea fácil. en primer lugar hay que examinar si las acciones u omisiones son manifiestamente ilegítimos y contrarios a derecho, “pues de otra manera no se violan ni amenazan los intereses del presunto afectado”.³¹ En segundo lugar, el daño debe ser grave, “sólo la irreparabilidad que recae sobre un bien de gran significación objetiva para la persona puede ser considerado como grave.”³² Además, el perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que “se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho”³³. Y ante esa inminencia, “las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes”³⁴, impostergables, y, en relación concreta con las pensiones de jubilación, un reconocimiento tardío equivale a un pago atrasado, ha dicho la Corte:

“En el Estado social dederecho los pensionados no pueden representar un sector residual en el pago de las deudas del erario. Las normas constitucionales que protegen a la tercera edad (art. 46), que consagran el derecho a la igualdad y a la protección de los débiles (art. 1º y 13) y que, específicamente, imponen en el pago oportuno de las pensiones (art. 53), no pueden quedar relegadas por prácticas que convierten la vida de los pensionados en un drama para el cual la constitución y las leyes no son sino meros postulados retóricos”³⁵

Suspender una pensión disfrutada desde hace muchísimos años por un anciano ocasiona un perjuicio grave e irremediable que implica medida urgente y que torna a la medida en impostergable si se trata de una persona que ha superado el promedio de vida probable de los colombianos.

Esto último plantea este otro tema:

6. La incidencia de la edad en la tutela.

En la sentencia T-456/94, de esta Sala de Revisión, se dijo:

Con mayor razón opera este mecanismo transitorio si el anciano reclama porque se le ha violado el derecho a la igualdad, en otras palabras, porque su dignidad se ve ofendida ante la triste realidad de que el Estado, al cual le prestó sus servicios por muchos años, le da un trato discriminatorio. Esa persona tiene todo el derecho a conocer en vida el resarcimiento de

su dignidad ultrajada.

La Corte ha dicho en sentencia T-011/93:

Para que la vida del hombre sea digna de principio a fin, es obligatorio asegurarle a las personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social.

En el derecho comparado, se consagra también la protección de la tercera edad. Por ejemplo, en los artículos 50 de la Constitución Española y 72 de la Portuguesa.

Para la tercera edad es necesario proteger, en particular, el pago oportuno de las prestaciones a su favor, ya que su no pago, habida cuenta de su imposibilidad para devengar otros ingresos ante la pérdida de su capacidad laboral, termina atentando directamente con el derecho a la vida”.

Y en SENTENCIA T-135 del mismo año:

“En virtud de lo anterior, se puede afirmar que la efectividad real y material de los derechos consagrados en la Carta Política del 91 constituye el primer y más importante factor de legitimidad de nuestro Estado Social de Derecho en el camino de diseñar una sociedad lo más justa posible para así lograr la paz y la justicia social.

Pero si lo dicho es válido, es aún más cuando se trata de derechos fundamentales de las personas de la tercera edad. En efecto, la misma Constitución en su artículo 13 le impone al Estado la obligación de velar por aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Así, se busca que el Estado promueva y garantice, en la medida de sus posibilidades, las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y nada mejor para ello que se proteja efectivamente a los ciudadanos de la tercera edad quienes por sus especiales condiciones constituyen un sector de la población que merece y necesita una especial protección por parte del Estado- como obligación constitucional-, de la sociedad y de sus familias, dentro del principio de solidaridad social en que se cimienta el Estado (Art. 48).

En efecto, el simple reconocimiento de las pensiones, que si es bien un requisito indispensable, no implica que el derecho haya sido satisfecho en su debida forma. Para ello,

y en aras de darle eficacia material, es necesario que a los peticionarios se les incluya en la nómina de pensionados y, lo que es aún más importante, que efectivamente se les empiece a cancelar cumplidamente las mesadas futuras y las atrasadas.”

En SENTENCIA T- 406/93, se agregó:

“Como lo ha sostenido la Corte Constitucional, los derechos a la salud y a la seguridad social de todas las personas y en particular de los pensionados son ciertamente derechos fundamentales, que en principio deben ser prestados por la entidad, empresa o patrono por vía directa o indirectamente a través de un contrato específico, sin perder el contratante la responsabilidad sobre la prestación del servicio”.

Y, en SENTENCIA T-446/93 y T-447/93.

“Cuando se trata de derechos fundamentales de las personas de la tercera edad, se le impone al Estado la obligación de velar por aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas y mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”

En realidad, en estos casos la tutela, como mecanismo transitorio, surge por la amenaza de daño que implicaría para un anciano el tener que esperar la alejada decisión judicial sobre el reajuste pensional impetrado. Y no se puede decir que podría pedir la suspensión provisional y así solucionar rápidamente el problema, ya que la suspensión provisional neutraliza momentáneamente los efectos del acto administrativo, pero no puede ordenar la expedición de uno que lo reemplace.³⁶ (Subrayado fuera del texto lo referente a la SUSPENSION PROVISIONAL).

Queda claro que en el caso que se estudia cabe la tutela, la pregunta es: si opera como mecanismo transitorio, o en forma definitiva.

RECAPITULACION PARA EL CASO CONCRETO.

El señor Adams, desde hace más de 20 años disfrutaba de una sustitución de pensión, mediante Resolución que gozaba de presunción de legalidad y estaba amparada por los principios de estabilidad y ejecutoriedad; y, de un momento a otro, se le suspende la pensión, sin tenerse en cuenta el art. 73 inciso 1º del C.C.A., el artículo 136 ibidem, poniéndose por encima de estas normas a una de inferior categoría (art. 42 decreto 2665/88)

con el argumento muy discutible de que la sustitución pensional para el viudo no era viable en 1973 y con olvido de la retrospectividad de la normatividad laboral y violación de principios y consecuencias del acto administrativo.

En un caso similar³⁷ dijo la Corte Constitucional:

“Al respecto, ha sostenido el H. Consejo de Estado³⁸ que tanto el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, como el inciso 1o. del 73 del C.C.A., tienen por finalidad, garantizar la protección de los derechos individuales y la firmeza de las situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, para que no puedan ser revocados ni los unos ni las otras, en forma unilateral por la administración.

Lo que se busca con la prohibición o restricción legal al ejercicio de la revocatoria por parte de la administración, se funda en la inmutabilidad de los actos administrativos que hayan consagrado un derecho subjetivo a favor de un particular -inmutabilidad que se sustenta en la necesaria seguridad jurídica que debe asistir a los administrados en sus relaciones con la administración-, los cuales gozan del principio de la irrevocabilidad por parte de la administración, a fin de evitar que ésta sea el juez de sus propios actos.

En consecuencia, creada una situación jurídica individual, como la que se configuró para la accionante en virtud de la Resolución No. 011844 de 1992 emanada del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca, ésta es irrevocable unilateralmente por la administración, salvo que concurra el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho.

Contrario a lo dispuesto en el artículo 73 del C.C.A., el Instituto de los Seguros Sociales expidió la Resolución No. 08217 de junio 10 de 1994, por medio de la cual revocó la Resolución No. 011844 de 1992 -acto de carácter particular y concreto en virtud de la cual se reconoció la pensión para sobrevivientes en cabeza de la accionante y de sus hijos-, razón ésta que conduce a estimar el desconocimiento y la violación del ordenamiento legal citado, ya que el acto administrativo señalado que era irrevocable, fue revocado en forma unilateral por la entidad accionada, sin consentimiento de la titular del derecho.

Adicionalmente, no se cumplió el requisito previo que permitía legalmente la revocatoria del acto administrativo que le reconoció el derecho a la señora Mateus Cantor, cual era el

consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Por el contrario, ésta controvierte la decisión injustificada de la administración que desconoce su derecho.

En estos casos, lo procedente no es la revocatoria directa del acto administrativo creador de una situación jurídica individual y colectiva, sino la acción correspondiente ante la jurisdicción competente a fin de que se obtenga la nulidad de dicho acto por quebrantar preceptos superiores de derecho.”

El Juez de tutela debe ponderar que en el caso concreto no había discrecionalidad para suspender la pensión (que en el fondo es una revocatoria de la pensión decretada) y al tomarse tal medida se violaron derechos fundamentales.

Como esto ocurrió, el perjudicado puede instaurar acción contencioso-administrativa, pero, dada su avanzada edad que un momento dado convertiría en ineficaz una lejana sentencia, entonces la tutela sería viable como mecanismo transitorio puesto que se ha ocasionado un perjuicio irremediable a una persona de la tercera edad. Pero, el presente fallo puede ir más allá y conceder la tutela de manera definitiva, como ocurrió en la citada sentencia 189/95, esto es porque se ha invocado en el presente fallo la excepción de inconstitucionalidad del literal b- del art. 42 del Decreto 2665 de 1988, lo cual implica también la excepción de inconstitucionalidad para la Resolución que suspendió la pensión, invocando tal decreto reglamentario.

En mérito de lo expuesto, la Sala 7ª de Revisión de la Corte Constitucional en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR las sentencias del Juzgado Cincuenta Civil Municipal de Santafé de Bogotá (de 25 de noviembre de 1994) y del Juzgado 19 Civil del Circuito de esta ciudad (de 9 de febrero de 1995).

SEGUNDO: CONCEDER la tutela y, consecuencialmente, ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que en el término de 48 horas continúe pagando a Carlos Alfonso Adams Ordóñez la sustitución pensional que motivó la presente tutela y se le cancelen las mesadas debidas.

TERCERO: Líbrense por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto

2591 de 1991.

CUARTO: Envíese copia de esta sentencia al Defensor del Pueblo.

QUINTO: El Juzgado de primera instancia vigilará el cumplimiento de este fallo.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1Sentencia T-313 de 19 de julio de 1995, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

2Sentencia de 25 de octubre de 1918, Ponente: Gnecco Laborde, ver G.J.T. XXVI, #1380, pág. 378 y la de 10 de diciembre de 1915 (g.j. #1225, p.165) ambas de la Corte Suprema, Sala Plena.

3Ver. G.J.T. XLV, # 1928, pág. 600. Sentencia de 18 de octubre de 1937, Ponente : Pedro Alejo Rodríguez.

4Gaceta Judicial #2029, pág. 1º.

5Ibidem.

6Sentencia de 11 de diciembre de 1961, Ponente: Enrique López de Pava, ver. G.J.T. XCVII, #2246-9, pág. 18.

7Ponente: Ciro Angarita Barón, T-526, 18 de septiembre 1992.

8Sentencia T-181, 7 de mayo de 1993, Ponente: Hernando Herrera Vergara.

9Sentencia 292/95, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

10Ibidem.

11Sentencia T-173/94, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

12Nótese que este caso es muy diferente a la suspensión de una pensión de invalidez cuando el pensionado no se somete a las revisiones médicas.

13Ver Agustín Gordillo, Procedimiento y recursos administrativos.

14Ver Juan Carlos Cassagne, El Acto administrativo.

15Ibidem, pág. 331.

16Marienhoff Miguel, Tratado de derecho administrativo, T. II, Pág. 374

18 Rodríguez Moro. La Ejecutividad del Acto Administrativo, Madrid, 1949 pág 32

19 García Trevijano, Jose Antonio, los Actos Administrativos, Editorial Civitas S.A, Madrid 1986, Pág 108.

20Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Ediciones Macchi , Buenos Aires, 1979.

21Idem.

22Ibidem, Pág. 68.

23"LESIVIDAD. En la definición de Vivancos, la cualidad que hace anulable, por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, un acto de la administración que lesiona los

intereses públicos, de orden económico o de otra naturaleza, dictado con antigüedad no superior a 4 años y aquejado de ilegalidad simple o no manifiesta.

La declaración de lesividad corresponde: 1º cuando se trate de la administración estatal, al ministro del ramo por orden ministerial, o al Consejo de ministros, por orden acordada; 2º cuando se trate de una corporación local, por acuerdo del ayuntamiento en pleno o de la diputación provincial; 3º cuando se trate de un ente público institucional, por resolución del mismo conforme a sus normas vigentes.” Diccionario enciclopédico de derecho usual, V. Pág. 130, Guillermo Cabanellas.

24En el Decreto 2733 de 1959 la revocación directa podía ser en cualquier tiempo (art. 22), PERO “cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”.

25CASSAGNE, Juan Carlos, “El Acto Administrativo”. Pág. 383

26La prescripción máxima es de 20 años.

27Sentencia T- 52/94, Ponente doctor HERNANDO HERRERA

28Sentencia T- 253/94, Ponente doctor VLADIMIRO NARANJO.

29Corte Constitucional. Sentencia N° T- 225/93 Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

30Corte Constitucional Sentencia N° T-531/93. Magistrado Ponente: Dr Eduardo Cifuentes Muñoz.

31T-52/94, Ponente doctor HERNANDO HERRERA.

32 T- 56/94, Ponente doctor EDUARDO CIFUENTES.

33T-234/94, Ponente doctor FABIO MORON DIAZ.

34 T-56/94, Ponente doctor EDUARDO CIFUENTES.

35T-56/94, Ponente doctor EDUARDO CIFUENTES.

36Sentencia T- 456/94, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

37Sentencia T-189/95, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Tema: Revocatoria del reconocimiento de una pensión de sobrevivientes.

38 Cfr. Consejo de Estado, Sentencia de mayo 6 de 1992. Sección Segunda.