

Sentencia T-455/13

REVOCATORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO DE RECONOCIMIENTO DE PENSION-Artículo 19 de Ley 797/03 permitía revocar directamente pero solo ante evidencia de fraude

Del contenido del artículo 19 de la Ley 797 de 2003 se desprende que el supuesto que permite su aplicación es el de los actos administrativos de contenido particular y concreto y específicamente aquellos que irregularmente han reconocido pensiones o prestaciones económicas, cuya revocación ha de estar precedida por el adelantamiento de un procedimiento que garantice el debido proceso de los beneficiarios de la pensión o prestación de que se trate. De acuerdo con el tenor literal de la disposición citada, el procedimiento debe adelantarse cuando haya motivos que permitan suponer el indebido reconocimiento de la pensión o de la prestación, caso en el cual procede la verificación oficiosa del cumplimiento de los requisitos exigidos para adquirir el derecho y de la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para la obtención de la pensión o de la prestación.

Importa dilucidar si la conducta tipificada como delito que debe dar lugar a la revocatoria del acto administrativo, aun sin el consentimiento del titular, necesariamente debe ser desplegada por este o si basta la tipificación penal de la conducta, de manera que se pueda proceder a la revocatoria directa con la sola posibilidad de tipificar como delito la actuación de la autoridad administrativa que, en su momento, reconoció la pensión o la prestación económica, sin que se evidencie participación del beneficiario o una conducta suya susceptible de tipificación penal. Al respecto cabe destacar que la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular y concreto no es indiferente a la expresión del consentimiento del particular y que, según la interpretación de la Corte, la revocatoria de los que reconocen pensiones o prestaciones económicas también requiere de la manifestación expresa de ese consentimiento, salvo que la conducta que dio lugar al reconocimiento pueda ser tipificada penalmente, aunque “no se den los otros elementos de la responsabilidad penal”. En principio procede sostener que la exigencia del consentimiento tiene especial relevancia siempre que la administración advierta una falla suya en el reconocimiento de un derecho particular, mientras que la competencia para

proceder a revocar directamente cobra singular importancia cuando el funcionario advierte que la falla proviene del beneficiario de la pensión o prestación que ha creado una apariencia para lograr el reconocimiento de una pensión o de una prestación a la que no tiene derecho, hipótesis en la cual media una conducta pasible de ser tipificada como delito y, si no se obtiene el consentimiento de quien irregularmente ha resultado beneficiado, la administración está facultada para proceder a la revocatoria directa y compulsar copias a las autoridades competentes.

REVOCATORIA DIRECTA DE ACTO ADMINISTRATIVO DE RECONOCIMIENTO DE PENSION-
Improcedencia por cuanto no se demostró actuación delictiva o fraude para obtención de la pensión de jubilación

Referencia:

Expedientes acumulados T-3.058.099 y T-3.199.436.

Demandantes:

Henry Hernán Bolívar Curtidor y Carlos Jesús Montaña Ibarra.

Demandados:

Ministerio de la Protección Social, Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, Consorcio Privado FOPEP, Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil trece (2013).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de los fallos de tutela proferidos, en su orden, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, que revocó la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el trámite de la acción de amparo constitucional promovida por el señor Henry Hernán Bolívar Curtidor, y el que también profirió el Consejo de Estado confirmando el fallo emitido por el Tribunal Administrativo del Atlántico que accedió a la protección de los derechos fundamentales invocados por Carlos Jesús Montaña Ibarra, en contra del Ministerio de la Protección Social, el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, el Consorcio Privado FOPEP y el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-3.058.099

1.1. La solicitud

El 13 de enero de 2011, el señor Henry Hernán Bolívar Curtidor presentó acción de tutela contra el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por dicho grupo, al revocar unilateralmente los actos administrativos a través de los cuales la Dirección General de la empresa Puertos de Colombia le reconoció y reliquidó la pensión de jubilación especial.

1.2. Reseña fáctica

Manifiesta el actor que el 19 de junio de 1991, la empresa Puertos de Colombia, mediante Resolución No. 412, le reconoció una pensión especial de jubilación, por cuantía mensual de \$336.986,21, equivalente al 52.16% del promedio mensual de su último año de servicios, la cual fue reliquidada el 1 de diciembre de 1996, por Resolución No.2385, por un valor de \$1.659.286.49, correspondiente al 67,17% del promedio salarial.

El 27 de marzo de 2007, el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia inició una actuación administrativa tendiente a revisar integralmente la pensión especial de jubilación concedida, lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, por considerar que para su reconocimiento no se

habían seguido los lineamientos legales.

Dicha investigación concluyó el 28 de noviembre de 2008 con la expedición de la Resolución No. 01722, mediante la cual la accionada revocó, de forma directa y sin su consentimiento, los actos administrativos que le reconocían y reajustaban la pensión especial de jubilación, ordenó la exclusión de su nombre de la nómina de pensionados y exigió el reintegro a la Nación de la suma total de \$875´059.284,35.

En desacuerdo con lo anterior, presentó, dentro del término establecido por la ley, el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación, los cuales fueron resueltos por el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, mediante Resoluciones No.590 de 2009 y No. 467 de 2010, respectivamente, en las que fue confirmado lo decidido en la Resolución No. 1722 de 2008.

Finalmente, señala que su sustento y el de su familia, conformada por su esposa, dos hijos y suegros se deriva de la pensión especial de jubilación que recibió por 19 años, lo que implica que actualmente no cuente con los recursos económicos necesarios para suplir sus necesidades básicas y las de su grupo familiar, motivo por el cual ha incumplido con los pagos de los créditos de hipoteca que tiene con los Bancos American Home Mortgage y el Banco City Bank, así mismo, aduce que padece de artritis, desbalance tiroideo y colesterol.

1.3. Fundamentos de la acción y pretensiones

Considera el señor Henry Bolívar Curtidor que con la decisión del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia de revocar unilateralmente los actos administrativos a través de los cuales se le había reconocido y reliquidado la pensión de jubilación especial, se vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social. Ello, por cuanto advierte que sus ingresos económicos provienen de dicha prestación económica.

Para sustentar su posición, trae a colación la jurisprudencia constitucional en torno al tema relacionado con el proceso de revisión establecido en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, por medio del cual se puede revocar un acto administrativo que reconoce una pensión sin el consentimiento del afectado, la cual, en uno de sus apartes, señala que dicho proceso es

de carácter restrictivo, ello por cuanto condiciona su procedencia a que existan maniobras fraudulentas que constituyan conductas delictivas imputables al beneficiario, así mismo plantea su improcedencia frente a situaciones en las que se revivan controversias jurídicas en relación con la interpretación y aplicación de textos normativos.

Por las razones expuestas, el actor solicita, en ejercicio de la acción de tutela, que se dejen sin efectos las Resoluciones No. 1722 de 2008, No. 590 de 2009 y No. 467 de 2010, proferidas por el grupo accionado durante el trámite del proceso de revisión y que, en su lugar, se le ordene al Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia reanudar el pago de la pensión especial de jubilación anteriormente reconocida.

1.4. Oposición a la demanda de tutela

La acción de tutela fue conocida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, mediante auto de catorce (14) de enero de dos mil once (2011), resolvió admitirla y correr traslado de la misma a las entidades demandadas, para efectos de ejercer su derecho a la defensa.

1.4.1. Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

Durante el término otorgado para el efecto, el Subdirector de Prestaciones Sociales respondió, mediante escrito de 18 de enero de 2011, en el que solicitó al juez constitucional desvincular a esta entidad del trámite de la acción de tutela.

Lo anterior al advertir que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia presta los servicios de salud a los pensionados de Foncolpuertos, así mismo señaló que el señor Henry Bolívar Curtidor solicitó la suspensión de los servicios médicos argumentando su residencia en el exterior.

1.4.2. Consorcio FOPEP

El Gerente General de la entidad, dentro del término dado para la contestación de la acción de amparo, señaló que el Consorcio FOPEP es el administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, motivo por el cual, es el encargado de cancelar a los pensionados las mesadas que las cajas y fondos del nivel central han

reconocido.

En ese orden de ideas, indicó que el señor Henry Hernán Bolívar Curtidor fue incluido en la nómina del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional FOPEP desde el mes de diciembre de 1998 hasta el mes de mayo de 2010, como pensionado de Foncolpuertos.

De conformidad con lo anterior solicitó al juez de instancia desvincular a la entidad accionada del trámite de la tutela.

1.4.3. Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia

La Coordinadora del Área de Prestaciones Económicas solicitó al juez constitucional denegar el amparo solicitado, teniendo en cuenta que al demandante se le otorgaron todas las garantías constitucionales dentro del proceso de revisión de su pensión especial de jubilación. Así mismo, advirtió que dicha prestación fue reconocida sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley, configurándose con ello, el delito de prevaricato por acción.

1.5. Pruebas que obran en el expediente

Durante el trámite de la acción de tutela, las partes allegaron los siguientes documentos:

- Copia de la Resolución No. 1722 de 2008, proferida por el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia (Folios 2 a 21).
- Copia de la Resolución No. 590 de 2009, proferida por el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia (Folios 22 a 41).
- Copia de la Resolución No. 467 de 2010, proferida por el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia (Folios 42 a 51).
- Declaración sobre la situación socio-económica del señor Henry Hernán Bolívar Curtidor (Folio 52).
- Copia del Registro Civil de Nacimiento del menor Christopher Geovanni Bolívar Paredes (Folio 53).

- Copia del Registro Civil de Nacimiento del menor Juan David Bolívar Villamizar (Folio 54).
- Copia del Registro Civil de Matrimonio entre Henry Hernán Bolívar Curtidor y Dalila Colombia Paredes Muentes (Folio 55).
- Certificados Bancarios de créditos de hipoteca emitidos por American Home Mortgage y City Bank (Folios 56 a 57, 59 a 60 y 67 a 68).
- Recibos de servicios públicos del sitio de habitación de la familia Bolívar Paredes (Folios 58, 61, 63, 65, 66, 69).
- Certificado médico del estado de salud del Señor Henry Bolívar Curtidor, expedido por la clínica LakeNorman el 26 de mayo de 2010 (Folio 64).
- Desprendibles de los pagos realizados por FOPEP al señor Henry Bolívar Curtidor en los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2010 por concepto de pensión especial de jubilación (Folios 70 a 71).
- Copia auténtica de la solicitud de conciliación extrajudicial, presentada ante la Procuraduría General de la Nación el 8 de julio de 2010 (Folios 72 a 79).

1.6. Decisiones proferidas

1.6.1. Primera Instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia proferida el veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011), resolvió denegar el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social del señor Henry Hernán Bolívar Curtidor.

Indicó que la pensión especial de jubilación devengada por el actor le fue ilegalmente reconocida, puesto que se le aplicó la Convención Colectiva de los trabajadores oficiales de la entidad accionada, siendo que él era un empleado público, así mismo advirtió que el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado, mediante providencia de 8 de noviembre de 2007, dejó sin efectos una de las resoluciones que aprobó la reliquidación de la

prestación, por hallarse probado que el Director General de la entidad incurrió en el delito de prevaricato por acción.

En esa medida concluyó que la actuación de la administración se ajustó plenamente a derecho, puesto que la revocatoria directa de los actos administrativos que reconocen pensiones procede cuando se demuestra la existencia de un delito, sea por parte del administrado o de la administración.

En desacuerdo con lo anterior, el señor Henry Hernán Bolívar Curtidor, dentro del término establecido por la ley, presentó impugnación, en la que solicitó revocar el fallo de primera instancia, por considerar que sí se vulneró su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto la parte accionada no respetó las formas procesales propias para discutir la naturaleza de la pensión que le fue reconocida, pues el resultado de la actuación administrativa versa sobre problemas de interpretación del derecho, tales como: el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen especial frente a uno general; temas que deben someterse a la decisión del juez competente o natural, según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

1.6.2. Segunda Instancia

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, mediante providencia proferida el diez (10) de marzo de dos mil once (2011), revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, concedió el amparo deprecado, ordenando a la entidad accionada reanudar el pago de la mesada pensional a favor del señor Henry Bolívar Curtidor, con inclusión de las sumas dejadas de pagar.

El juez de segunda instancia consideró que la revocatoria directa del acto administrativo que reconoció una pensión especial de jubilación al actor causa un perjuicio irremediable para él y su familia, pues del material probatorio que obra en el expediente, se observa que lo recibido por concepto de pensión es lo único que percibe como fuente de sustento, junto con su esposa e hijos.

Así las cosas, la Sala estimó que el actor se encuentra en un estado de debilidad manifiesta ya que, si bien no es una persona de la tercera edad, cuenta con 57 años, edad en la que es difícil conseguir una alternativa de trabajo y así obtener un ingreso permanente, motivo por

el cual debe efectuarse un análisis más riguroso del contenido del acto administrativo que modificó su situación jurídica pensional, dado el carácter de derecho irrenunciable, cierto e indiscutible que tiene la pensión de jubilación.

Del mismo modo, advirtió que la razón fundamental que tuvo en cuenta la entidad accionada para proceder a revocar directamente la resolución que reconoció la pensión al actor, fue que aquel accedió a la pensión sin el lleno de los requisitos, por cuenta de la aplicación del régimen de la convención colectiva de trabajo, que no era propio de empleados públicos, lo que implica que no se evidencie una conducta que permita entrever la comisión de un delito, en tanto no se alude a que el actor haya presentado documentación falsa o alterado su historia laboral con el fin de acceder fraudulentamente a la pensión de jubilación, acreditando requisitos inexistentes.

2. Expediente 3.199.436

2.1. La solicitud

El 10 de mayo de 2011, el señor Carlos Jesús Montaña Ibarra, presentó acción de tutela contra el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, con la finalidad de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social, la vida digna y mínimo vital, presuntamente vulnerados por dicho grupo, al revocar unilateralmente los actos administrativos a través de los cuales la Dirección General de la empresa Puertos de Colombia le reconoció y reliquidó la pensión de jubilación especial[1].

2.2. Reseña fáctica

Manifiesta el actor que el 2 de diciembre de 1991, la empresa Puertos de Colombia, mediante Resolución No. 1036, le reconoció una pensión especial vitalicia de jubilación, la cual fue reliquidada a través de resoluciones 1684 del 11 de noviembre de 1997, 486 del 14 de abril de 1998 y 2689 del 10 de agosto de 1998.

Agrega que el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia inició una actuación administrativa, tendiente a revisar integralmente la pensión especial de jubilación concedida, con fundamento en lo regulado por el artículo 19 de la Ley

797 de 2003, por considerar que para su reconocimiento no se habían seguido los lineamientos legales.

Sostiene que dicha investigación concluyó el 25 de noviembre de 2008 con la expedición de la Resolución No. 001694, que fue confirmada por las Resoluciones 001337 del 6 de octubre de 2009 y 001933 del 31 de diciembre de 2010, mediante las cuales la demandada revocó, de forma directa y sin su consentimiento, los actos administrativos que le reconocían y reajustaban la pensión especial de jubilación, ordenó la exclusión de su nombre de la nómina de pensionados, exigió el reintegro a la Nación de la suma total de \$861'805.509,65, así como se compulsaron copias a la Fiscalía General de la Nación para que adelante la investigación a la que haya lugar.

Contra lo decidido, presentó, dentro del término legal, el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación, los cuales fueron resueltos por el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Pensional de Puertos de Colombia, mediante Resoluciones No. 001337 del 6 de octubre de 2009 y 001933 del 31 de diciembre de 2010, las que confirmaron lo decidido en la Resolución 0011694 del 25 de noviembre de 2008.

Señala que su sustento y el de su familia, conformada por su hija menor de edad, sus dos padres y su hermana, dependen de la mesada pensional que venía recibiendo. Sus progenitores son personas de la tercera edad (85 años cada uno), quienes no cuentan con recursos económicos, requieren de tratamiento médico especial por sufrir de hipertensión y artritis, por lo que requieren dieta equilibrada y dependencia de medicamentos diarios para mejorar su calidad de vida. Su hermana, actualmente tiene 60 años de edad y por sus condiciones de salud no ha podido laborar y adquirir su propio sustento, motivo por el cual debe suministrarle lo necesario para su subsistencia, debido a que padece de una enfermedad renal crónica y debe someterse a diálisis permanente, por lo que ha debido acudir a terceros para cancelar su servicio de salud a la EPS a la que la tiene afiliada.

De la misma manera aduce que en la actualidad no ha podido cubrir varias obligaciones que ascienden a \$113'421.972.00 con el Banco Davivienda por concepto de tarjetas de crédito, préstamo para un vehículo y de libre inversión que había adquirido cuando contaba con la mesada pensional.

2.3. Fundamentos de la acción y pretensiones

Considera el señor Montaña Ibarra que, con la decisión del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia de revocar unilateralmente los actos administrativos a través de los cuales se le había reconocido y reliquidado la pensión de jubilación especial de la que ha gozado por aproximadamente 20 años, se vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social, vida digna y mínimo vital y móvil. Ello, por cuanto advierte que actualmente cuenta con 64 años de edad y sus ingresos económicos se originan en dicha prestación económica, sin que pueda acceder al mercado laboral.

Sustenta su afirmación en el contenido de la sentencia C-835 de 2003 proferida por esta Corte que, a su juicio, ha sido seguido por el Consejo de Estado y por la Fiscalía General de la Nación, según el cual la revocatoria de un acto administrativo que reconoce una pensión de jubilación o prestación periódica, es de carácter excepcional y restrictivo y solo procede cuando el receptor o beneficiario ha inducido a la administración en engaño, por la consumación de un comportamiento descrito en la ley como delito, durante el proceso de formación del acto administrativo objeto de revisión, situación que no se presenta en su caso, en razón a que la Fiscalía Sexta Delegada, el 23 de junio de 2009 emitió resolución inhibitoria en su favor, por el delito de peculado por apropiación.

En su sentir, la entidad demandada incurrió en defecto orgánico y desconocimiento de la cosa juzgada, que se deriva de la falta de competencia general para adelantar actuaciones administrativas tendientes a la revisión integral de pensiones y, por ignorar el condicionamiento que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-835 de 2003 del contenido del artículo 19 de la Ley 797 de 2003.

Por las razones expuestas, el actor solicita que se dejen sin efectos las Resoluciones 001694 del 25 de noviembre de 2008 y sus confirmatorias 001337 del 6 de octubre de 2009 y 00193 del 31 de diciembre de 2010, emitidas por el grupo accionado durante el trámite de revisión de la pensión que se le había reconocido y que, en su lugar, se le ordene al Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia reanudar el pago de la pensión que venía disfrutando.

2.4. Oposición a la demanda de tutela

La acción de tutela fue conocida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que, mediante

auto del dieciséis (16) de mayo de dos mil once (2011), resolvió admitirla y correr traslado de la misma al Ministerio de la Protección Social y al Coordinador del Área de Pensiones –Grupo Interno de Trabajo Gestión Pasivo Social de Puertos de Colombia, Consorcio FOPEP y al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, para efectos de ejercer su derecho a la defensa.

2.4.1. Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

Durante el término otorgado para el efecto, el Subdirector de Prestaciones Sociales de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, respondió, a través de escrito del 20 de mayo de 2011, en el que pidió al juez constitucional desvincular a esa entidad del trámite de la acción de tutela, debido a que lo relacionado con el trámite de las sustituciones pensionales causadas en la liquidada FONCOLPUERTOS fue asignada al Ministerio de la Protección Social –Coordinación de Pensiones del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de dicha empresa.

Además de lo anterior, advierte que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia presta los servicios de salud a los pensionados de FONCOLPUERTOS, pero al señor Montaña Ibarra en abril de 2011 se le autorizó el traslado a la nueva EPS.

2.4.2. Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia del Ministerio de la Protección Social

La Coordinadora del Área de Prestaciones Económicas, solicitó al juez constitucional denegar el amparo solicitado, en razón a que dentro del proceso de revisión de su pensión especial de jubilación, al actor se le otorgaron todas las garantías constitucionales, de donde se infiere que al agotarse la vía gubernativa, debe acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para hacer valer el derecho de carácter legal reclamado.

2.4.3. Consorcio FOPEP

El Gerente General de la entidad, dentro del término otorgado para responder la acción de tutela, indicó que el Consorcio FOPEP no es una persona jurídica, sino una cuenta de la Nación, adscrita al Ministerio de la Protección Social que se encarga de administrar los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, motivo por el cual, es el

encargado de cancelar a los pensionados las mesadas que las cajas y fondos a nivel central han reconocido.

En ese orden, señaló que el señor Carlos Jesús Montaña Ibarra fue incluido en la nómina general de pensiones del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional FOPEP desde el mes de diciembre de 1998, como pensionado de FONCOLPUERTOS, pero desde febrero de 2011, dicho grupo no ha reportado valores en su favor, encontrándose suspendido de la nómina por revocatoria de la resolución.

Por lo anotado, solicitó la desvinculación de la entidad del trámite de la acción de tutela.

2.5. Pruebas que obran en el expediente

Durante el trámite de la acción de tutela, las partes allegaron los siguientes documentos:

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Carlos Jesús Montaña Ibarra (Folio 1).
- Copia de la Resolución No. 001694 del 25 de noviembre de 2008, proferida por el Área de Pensiones del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia (Folios 2 a 31).
- Copia de la Resolución No. 002337 del 6 de octubre de 2009, proferida por el Área de Pensiones del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, por el cual se resolvió el recurso de reposición incoado (Folios 32 a 43).
- Copia de la Resolución No. 001933 del 31 de diciembre de 2010, proferida por la Coordinación General del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, por medio de la cual resolvió el recurso de apelación (Folios 44 a 52).
- Declaración rendida ante la Notaría Once del Círculo de Barranquilla por el demandante sobre su situación socio-económica, (Folios 53 y 54).
- Copia del Registro Civil de Nacimiento de la menor Valentina Montaña Castro (Folio 55).
- Copias de las cédulas de ciudadanía de Carlos Emilio Montaña García, Nelly María

Ibarra de Montaña y Elizabeth Sara Montaña Ibarra, así como la partida de matrimonio de los dos primeros (Folios 56 a 59).

- Copia de la epicrisis de Elizabeth Sara Montaña Ibarra, certificada por el Servicio de Nefrología – Unidad Renal- RTS de Barranquilla (Folios 60 y 61).
- Certificado bancario de créditos del señor Montaña Ibarra, dentro de los que se encuentra el de vehículo, emitidos por el Banco Davivienda (Folio 64).
- Copia de la providencia proferida el 23 de junio de 2009, por medio de la cual, la Fiscalía General de la Nación decidió proferir resolución inhibitoria a favor de Carlos Jesús Montaña Ibarra y, en consecuencia se abstuvo de iniciar instrucción por el presunto delito de peculado por apropiación (Folios 65 a 74).

2.6. Decisiones proferidas

2.6.1. Primera Instancia

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante providencia de treinta (30) de mayo de dos mil once (2011), resolvió amparar los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, la seguridad social (pensión y salud) y el mínimo vital del señor Carlos Jesús Montaña Ibarra y revocó a Resolución 001694 del 25 de noviembre de 2008 y sus confirmatorias 001337 del 6 de octubre de 2009 y 001933, proferidas por el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia –Área Pensiones-. Ordenó igualmente a la entidad demandada que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de dicho fallo, reanude el pago de la mesada pensional al actor, con inclusión de las sumas de dinero dejadas de pagar, desde la ejecución de la resolución respectiva.

A esa decisión llegó la mencionada entidad judicial al acoger integralmente la posición asumida en un caso similar, resuelto el 10 de marzo de 2011, por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, en la que se sostuvo que según la exequibilidad condicionada del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, contenida en la sentencia C-835 de 2003 de la Corte Constitucional, la administración puede revocar unilateralmente el acto administrativo que reconoció una pensión, previo agotamiento del procedimiento dispuesto en el artículo 74 del C.A.A., en el evento en que haya mediado un acto delictivo del

beneficiario. Además, cuando el problema jurídico se contraiga a interpretaciones relativas al régimen jurídico aplicable al pensionado, su análisis está reservado al juez de la causa, de donde se infiere que no procede la revocatoria directa sin el consentimiento del titular del derecho, el cual en caso de no obtenerse, la administración está en el deber de demandar su propio acto ante la justicia de lo contencioso administrativo.

De allí que en el caso estudiado por el Consejo de Estado, se concluyó que no se acreditó la comisión de una conducta punible por el actor, en el sentido de haber presentado una documentación falsa o alterado su historia laboral con el fin de acceder fraudulentamente a la pensión de jubilación, acreditando requisitos inexistentes. De tal manera que lo que se evidencia es una discrepancia en la interpretación del derecho en cuanto al régimen jurídico aplicable en materia pensional al demandante, situación que deberá ser definida según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, mediante la acción consagrada en los artículos 84 y 85 del C.C.A., lo que muestra claramente que no era procedente la revocatoria directa del acto administrativo.

Además de lo anterior, para acoger la posición del Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo del Atlántico, se apoyó en las circunstancias en las que se encuentra el actor al contar con 64 años de edad, tener a su cargo sus dos ancianos padres, una hermana de 60 años enferma y su hija menor de edad, lo que, a su juicio, lo ponen en una situación de debilidad manifiesta y el hecho de que la Fiscalía General de la Nación profirió resolución inhibitoria en su favor por el presunto delito de peculado por apropiación.

2.6.2. Segunda Instancia

Impugnado el fallo por la Coordinadora de Prestaciones Económicas del Ministerio de la Protección Social, a través de providencia emitida el veintiocho (28) de julio de 2011, la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, lo confirmó, con argumentos similares a los consignados por el despacho judicial de primera instancia.

2.7. Suspensión de términos y pruebas practicadas por la Sala de Revisión

A través de auto emitido para mejor proveer de fecha trece (13) de septiembre de dos mil once (2011), la Sala Cuarta de Revisión, resolvió suspender los términos hasta tanto se reciban y sean valoradas las pruebas que se estimó necesario practicar, tales como:

solicitar a las entidades relacionadas enseguida que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, contados a partir de la notificación de dicha providencia, realicen las siguientes actuaciones:

a) A la Fiscalía General de la Nación, Despacho Octavo de la Estructura de Apoyo para Foncolpuertos, Unidad Nacional Anticorrupción, informe a esta Corporación, el estado del proceso con el radicado con el número 2175, iniciado contra la señora Josefina Casas Ramírez y otros, por los delitos de estafa agravada y fraude procesal, en el que se investiga la legalidad de 271 actas de conciliación celebradas con extrabajadores de la empresa Puertos de Colombia, entre ellas la 097 de 1998.

b) Al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado para Foncolpuertos de Bogotá para que remita a esta Corporación, copia de la providencia del 8 de noviembre de 2007, proferida en el sumario número 183, adelantado contra el señor Salvador Atuesta Blanco, Ex Director de Foncolpuertos y,

c) A la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional Anticorrupción, Estructura de Apoyo para Foncolpuertos, para que informe el estado de la investigación adelantada respecto de la expedición de la Resolución número 412 del 19 de junio de 1991, mediante la cual, la liquidada empresa Puertos de Colombia reconoció pensión especial de jubilación al señor Henry Hernán Bolívar Curtidor.

2.8. Recepción de las pruebas practicadas por la Sala de Revisión

2.8.1. Fiscalía Octava Delegada de la Unidad Nacional Especializada en Delitos Contra la Administración Pública – Estructura de Apoyo de Foncolpuertos-

La Fiscalía Octava Delegada de la Unidad Nacional Especializada en Delitos Contra la Administración Pública – Estructura de Apoyo de Foncolpuertos-, a través de oficio 0458 del 4 de octubre de 2011, informó que ese despacho adelanta el sumario número 275, seguido en contra de Josefina Casas Ramírez y otros, por el delito de peculado por apropiación, en el que se ordenó apertura de instrucción. De la misma manera que dentro de las actas por investigar se encuentra la 097 del 5 de agosto de 1998, celebrada en la Inspección 16, en la que aparece como beneficiario el ex trabajador Henry Hernán Bolívar Curtidor, entre otros, pero a la fecha no se ha ordenado su vinculación. Aduce igualmente que el proceso se

encuentra en etapa instructiva, pendiente de resolver la situación jurídica.

La circunstancia descrita fue verificada el 23 de abril de 2012 telefónicamente con la titular del mencionado despacho judicial, quien respondió que para este momento la situación no ha cambiado.

2.8.2. Fiscalía Tercera Delegada de la Unidad Nacional Especializada en Delitos Contra la Administración Pública - Estructura de Apoyo de Foncolpuertos-

La Fiscalía Tercera Delegada de la Unidad Nacional Especializada en Delitos Contra la Administración Pública - Estructura de Apoyo de Foncolpuertos-, mediante oficio 287-F-03 del 5 de octubre de 2011, hizo saber que inició proceso penal por los presuntos delitos de peculado por apropiación en contra del señor Hernán Bolívar Curtidor, con ocasión de diferentes pagos efectuados por la extinta empresa Foncolpuertos e incluso la Resolución Número 0412 del 19 de junio de 1991 mediante la cual Puertos de Colombia le otorgó la pensión especial de jubilación.

2.8.3. Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado para Foncolpuertos de Bogotá

Según informe presentado el 6 de octubre de 2011 por el citador de la Secretaría General de esta Corte, no fue posible notificar el auto de práctica de pruebas al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado para Foncolpuertos de Bogotá D.C., motivo por el cual, a través de providencia del 14 de octubre de 2011, el Magistrado Sustanciador solicitó a la doctora Liliana Patricia Moreno Preciado, Jefe de Archivo del Edificio Hernando Morales, que dentro de los tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de dicha providencia, remita a esta Corte copia de la sentencia del 8 de noviembre de 2007, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado para Foncolpuertos de Bogotá, dentro del sumario número 183, adelantado contra Salvador Atuesta Blanco, Ex Director de Foncolpuertos.

Ahora bien, mediante oficio del 18 de noviembre de 2011, Liliana Patricia Moreno Preciado, Coordinadora de la Oficina de Archivo Central, informó que bajo esa dependencia no se encuentran procesos de Foncolpuertos cursados en los juzgados especializados, razón por la cual, en esa misma fecha, procedió a dar traslado, por competencia, al Juzgado Primero Penal Especializado del Circuito de Bogotá.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar, en Sala de Revisión, la decisión proferida dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Lo que se debate

De los antecedentes surge que los demandantes consideran vulnerados sus derechos al debido proceso, a la seguridad social[3], vida digna y mínimo vital[4], porque la parte demandada revocó unilateralmente, y sin la previa obtención de su consentimiento, sus pensiones especiales de jubilación que les había sido reconocida en 1991 por la empresa Puertos de Colombia.

Para fijar los distintos aspectos del problema jurídico que se le plantea a la Corte y proceder a decidir si se han violado los derechos fundamentales invocados, la Sala considera indispensable efectuar una presentación general de la situación, tal como surge de las piezas que obran en los expedientes.

En ese sentido, enseguida se consignarán las circunstancias comunes que rodearon el reconocimiento de las pensiones de jubilación a los actores, así como la revocatoria directa de las mismas por parte de la administración y sus argumentos defensivos, lo que originó que acudieran separadamente a la acción de tutela invocando, no solo similares derechos fundamentales presuntamente vulnerados, sino idénticas pretensiones.

3. El reconocimiento de las pensiones de jubilación, su revocatoria directa y, los recursos incoados separadamente por Henry Hernán Bolívar Curtidor y Carlos Jesús Montaña Ibarra

La oficina principal de la liquidada empresa Puertos de Colombia, mediante Resolución No. 412 de 19 de junio de 1991, le reconoció pensión especial de jubilación al señor Henry Hernán Bolívar Curtidor, en cuantía mensual de \$336.986,21, equivalente al 52.16% del promedio mensual de su último año de servicios, suma que luego fue incrementada por Resolución No. 2385 de 10 de diciembre de 1996, del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, al ordenar el pago de \$1.659.286,49, correspondiente al 67.17% del

promedio salarial y a partir del 1º de diciembre de 1996, motivo por el cual, en el año 2008, el mencionado señor aparecía en la nómina de pensionados de la referida entidad devengando la suma mensual de \$4.932.427,09 y pagaba de su mesada los aportes al sistema general de seguridad social en salud, pues mediante Resolución No. 00799 de 2004 se dispuso que así fuera y se le ordenó al FOPEP efectuar los respectivos descuentos.

De igual manera, la mencionada oficina, por Resolución número 1036 del 2 de diciembre de 1991, le reconoció pensión especial de jubilación al señor Carlos Jesús Montaña Ibarra, en cuantía de \$544.414,33, equivalente al 60.11% del promedio mensual de su último año de servicios. En el año 2008, el mencionado señor aparecía en la nómina de pensionados de la referida entidad con la suma mensual de \$4.522.479,52 y, se dispuso a través de la Resolución 000084 del 30 de enero de 2004 que debía cancelar de su mesada los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud, disponiéndose que el FOPEP efectuara los descuentos respectivos.

Mediante Resolución No. 001722 de 28 de noviembre de 2008, suscrita por la asesora del Ministro de la Protección Social y Coordinadora (e) del área de pensiones del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, fue resuelta una “actuación administrativa de revisión integral de pensión” y la Coordinación revocó directamente la Resolución No. 412 del 19 de junio de 1991 e igualmente las resoluciones 2385 de 10 de diciembre de 1996 y 2565 de 27 de julio de 1998 que había ordenado el pago de las diferencias surgidas en virtud del reajuste, dispuso la revocación parcial y directa de otras resoluciones, ordenó excluir de la nómina de pensionados al señor Henry Hernán Bolívar Curtidor, a quien impuso la obligación de reintegrarle a la Nación la suma total de \$875’059.284,35 que recibió por concepto de mesadas pensionales durante el tiempo que permaneció en nómina, de aportes para el Sistema General de Seguridad Social en Salud “y por diversos pagos ordenados en los actos administrativos que aquí se revocan”, monto al que se le sumaría “la(s) mesada(s) que se causen hasta el momento de ser aplicada la misma en la nómina de pensionados”.

A través de Resolución No. 001694 del 25 de noviembre de 2008, suscrita por la mencionada entidad, fue resuelta una “actuación administrativa de revisión integral de pensión” y la Coordinación revocó directamente la Resolución No. 1036 del 2 de diciembre de 1991 e igualmente las resoluciones 1684 del 11 de noviembre de 1997, 486 del 14 de

abril de 1998 y 2689 del 10 de agosto de 1998, proferidas por Foncolpuertos, ordenó excluir de la nómina de pensionados al señor Carlos Montaña Ibarra, a quien impuso la obligación de reintegrarle a la Nación la suma total de \$861'805.509,65 que recibió por concepto de mesadas pensionales durante el tiempo que permaneció en nómina, de aportes para el Sistema General de Seguridad Social en Salud “y por diversos pagos ordenados en los actos administrativos que aquí se revocan”, monto al que se le sumaría “la(s) mesada(s) que se causen hasta el momento de ser aplicada la misma en la nómina de pensionados”.

Los principales fundamentos para la adopción de las citadas resoluciones fueron los siguientes:

(i) Luego de referirse a la comunicación que se hizo a los actores respecto de la iniciación de las actuaciones administrativas de revisión de las pensiones[5], se afirma que la administración está facultada para revocar directamente actos administrativos de reconocimiento irregular de pensiones, con base en lo dispuesto en los artículos 74, 28, 14, 34 y 35 del C.C.A. y 19 de la Ley 797 de 2003 y en la sentencia C-835 de 2003 en la que se declaró exequible la última disposición mencionada.

(ii) Al momento del retiro, el señor Bolívar Curtidor contaba con 38 años de edad y ocupaba el cargo de Asistente de Auditoría de Sistemas de la Oficina de Planeación, cargo catalogado como de empleado público por la Junta Directiva de la empresa Puertos de Colombia[6], por lo que no tenía derecho a pensión alguna conforme al tiempo de servicio que acreditó de 17 años, 1 mes y 28 días (11 años, 8 meses y 13 días en la empresa Puertos de Colombia y 5 años, 5 meses y 17 días en el Banco Central Hipotecario)[7].

En ese mismo sentido, se indica que el señor Montaña Ibarra contaba con 44 años de edad, y ocupaba el cargo de Jefe de la División de Contabilidad de la empresa Puertos de Colombia, que reviste la calidad de empleado público[8], por lo que no tenía derecho a pensión alguna conforme al tiempo de servicio que acreditó de 15 años, un mes y ocho días (9 años, 7 meses y cinco días en la empresa Puertos de Colombia y 5 años, 6 meses y 2 días en la Contraloría del Atlántico[9]).

(iii) El Gerente General de Puertos de Colombia, invocando la autorización de la Junta Directiva para acordar las condiciones de retiro de los empleados públicos, con el fin de facilitar la liquidación de la empresa, resolvió “legislar abiertamente a favor de éstos” al

establecer que tenían derecho a la pensión de jubilación proporcional, si cumplían determinadas exigencias o requisitos “DISTINTOS A LOS PREVISTOS EN LA LEY”, señalando sin reparo alguno las exigencia de edad, tiempo de servicios y el porcentaje base para la liquidación, desconociendo así la Constitución y la ley. Es decir, se aplicaron acomodadamente los beneficios de las convenciones colectivas de trabajo a los empleados públicos[10].

(iv) El artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución radicó en cabeza del Congreso la facultad de dictar las leyes marco en las que se señalen los criterios a los cuales se debe sujetar el Gobierno Nacional para señalar el régimen legal y prestacional de los empleados públicos, de donde se desprende que cualquier acuerdo convencional entre empleados y empleadores para regular los derechos y prestaciones de los empleados públicos es inexistente, como lo confirma el artículo 48 superior al establecer el respeto de los derechos adquiridos “con arreglo a la ley”.

(v) La norma aplicable para efectos pensionales tanto al señor Bolívar Curtidor, como al señor Montaña Ibarra es la Ley 33 de 1985, que era la que estaba vigente al momento de su retiro, según la cual, para ese momento debían contar con 55 años de edad y 20 años de servicios para acceder a una pensión de jubilación correspondiente al 75% del salario promedio devengado durante el último año laborado, de donde se infiere que al no acreditar dicho requisitos, no era, ni es dable, otorgarles pensión alguna, motivo por el cual las resoluciones en las que se les reconoció dicha prestación, son manifiestamente contrarias a la Constitución y a la ley, por lo que deberán revocarse, debido a que su continuidad es una afrenta al patrimonio del Estado.

(vi) Las audiencias especiales de conciliación celebradas en 1991 en los Juzgados Cuarto y Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, respectivamente, tienen causa ilícita por reconocer prestaciones a empleados públicos desconociendo los requisitos legales, motivo por el cual no nacieron a la vida jurídica. Tampoco se predica el respeto por los derechos adquiridos porque estos adquieren tal connotación si se ajustan a la ley, como lo quisieron mostrar en su defensa los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra. Además, por el contenido de las actas en las que constan audiencias de conciliación con base en las que se cancelaron sumas de dinero a los beneficiarios de tales pensiones, actualmente cursan procesos por los delitos de estafa y fraude procesal.

Con fundamento en todo lo anterior fueron revocados algunos otros actos administrativos en los que se ordenaron pagos a favor de los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra, en razón a que se estimó que la pensión se les había reconocido ilegalmente y por ello debían reintegrar a la administración todo el dinero que se les había girado, incluidos los pagos al sistema general de seguridad social en salud que corresponden a una prerrogativa prevista en la convención colectiva de trabajo, a la que no tenían derecho, por haberse desempeñado como empleados públicos.

Además, se consideró que el gerente general de Puertos de Colombia incurrió en prevaricato por acción, lo que sirvió para que terceros se apropiaran de dineros del Estado a los que no tenían derecho alguno y se ordenó compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional Anticorrupción, estructura de apoyo para el tema Foncolpuertos, para que adelante la investigación a que haya lugar.

En contra de las resoluciones anteriores, los actores acudieron en recurso de reposición y en subsidio el de apelación, con base en los siguientes argumentos:

(i) Ni el coordinador del área de pensiones ni un asesor del Ministerio de Protección Social representan a la Nación, por lo que no son responsables del pago de pensiones y tampoco reconocieron las pensiones que se pretenden revocar[11].

(ii) La revisión basada en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 y en la Sentencia C-835 de 2003 es de carácter restrictivo y el procedimiento es reglado, sin que se pueda acudir al general establecido en el Código Contencioso Administrativo, ya que el Acto Legislativo No. 01 de 2005 dispuso que le corresponde al legislador desarrollar un procedimiento especial para su adelantamiento y conclusión, por lo cual, a falta de regulación, no se puede acudir al mencionado Código.

(iii) En ninguno de los apartes de las resoluciones impugnadas, se indicó que la aplicación del Acuerdo 016 de 1990 sea una conducta delictiva, máxime cuando la administración duda sobre su nacimiento a la vida jurídica, además de no probar la irregularidad del citado acto, al no allegarse decisión judicial alguna de la cual ello pudiera inferirse.

(iv) El juicio sobre la existencia de una conducta típica debe realizarlo una autoridad judicial, según lo indicado en la sentencia C-835 de 2003. En este sentido, la censura de la

administración obedece, en esencia, a la existencia de dicha conducta delictiva, que es objeto de investigación por las autoridades penales en contra de personas distintas a los beneficiarios de dichas prestaciones.

(v) Los actos administrativos mediante los cuales se reconocieron las pensiones gozan de presunción de legalidad y de conformidad con el principio de confianza legítima, la administración debe respetar su palabra y la apariencia creada por su conducta, sin que pueda alegar su propia incuria que, en todo caso, sería imputable a la administración, mas no a la actuación dolosa o malintencionada de sus beneficiarios, habida cuenta que la responsabilidad penal es individual.

(vi) No está fehacientemente acreditado que se hayan cumplido funciones de empleados públicos, pues ha debido demostrarse cuáles funciones se desempeñaron, debido a que inicialmente se efectuó vinculación mediante contrato de trabajo y que, a raíz de la incorporación en la legislación interna de los Convenios 151 y 154 de la OIT, se abandonó el criterio orgánico y funcional y se reservó la categoría para quienes toman decisiones de orden político[12] y,

(vii) El juicio de legalidad corresponde adelantarlos a la jurisdicción administrativa. De la misma manera, se considera que la resolución recurrida no constituye título ejecutivo, puesto que el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 no faculta al grupo interno de trabajo para ordenar el reintegro de lo que presuntamente se pagó en forma indebida, a lo cual se suma que la revocación de un acto administrativo tiene efectos hacia el futuro y no retroactivos, en la medida en que no implica nulidad del acto[13].

3.2. Fundamentos de la administración para confirmar lo decidido, al resolver los recursos incoados

Mediante resoluciones 00590 del 30 de abril de 2009 y 001337 del 6 de octubre del mismo año, fueron resueltos los recursos de reposición incoados de forma independiente por los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra, habiéndose decidido no reponer las actuaciones recurridas, con base en los siguientes argumentos:

(i) El grupo interno de trabajo para la gestión del pasivo social de Puertos de Colombia, sus coordinadores y especialmente el del área de pensiones tienen competencia para expedir

los citados actos administrativos y al hacerlo, actuaron con sujeción al ordenamiento jurídico.

(ii) Las actuaciones administrativas tuvieron origen en hechos reales, trascendentes, objetivos y verificables que daban lugar a la aplicación del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, porque la problemática no se circunscribe a la interpretación del derecho relativa al régimen jurídico que regula el caso, al régimen de transición pertinente o de uno especial frente al general, sino que es evidente que se reconocieron pensiones proporcionales de jubilación a servidores que desempeñaban cargos catalogados como de empleados públicos, sin que por parte alguna se consideraran las normas legales que se ajustaban, entendidas éstas como las expedidas por el legislador.

(iii) No solo ante la evidencia de una conducta tipificada penalmente se puede iniciar una actuación administrativa de revisión integral de una pensión, pues el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 también opera cuando se trata de adoptar medidas referentes al saneamiento, depuración o vigencia del acto administrativo que reconoce una pensión y a otros actos posteriores que lo hubieren modificado, destacándose que en las resoluciones impugnadas se compulsaron copias a las autoridades competentes.

(iv) En manera alguna se planteó un simple desacuerdo normativo, ya que se analizó cómo el gerente general de la empresa incurrió en conductas típicas al crear y aplicar requisitos distintos a los previstos en la ley, sin que pueda hablarse de un régimen normativo que no existía, dado que se dejó de lado el régimen legal que cubre el asunto, expedido por el legislador.

(v) Aunque el legislador no haya expedido la ley a la que se refiere el Acto Legislativo No. 01 de 2005, es factible aplicar el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 en armonía con el procedimiento común establecido en el Código Contencioso Administrativo.

(vi) Las resoluciones revocadas correspondían a actos constitutivos de conductas típicas, por lo cual se obró en armonía con la Sentencia C-835 de 2003, en la que se señaló que basta con la tipificación de la conducta como delito para que la administración pueda revocar el acto administrativo, aunque no se den los otros elementos de la responsabilidad penal.

(vii) No se vulnera el principio de confianza legítima si la administración revoca su propio acto con base en una disposición legal que le permite hacerlo, luego de adelantar una actuación que garantice el debido proceso administrativo, fuera de lo cual el referido principio ha de ser ponderado con otros y entre ellos con la especial salvaguarda del interés superior y el principio democrático, para evitar el desmedro injustificado del erario.

(viii) Respecto de la aplicación de los Convenio 151 y 154 de la OIT, después, en un análisis de la jurisprudencia constitucional a ellos relativa, la Coordinación no entiende por qué se afirma que se proscribió el criterio funcional al que acude la administración para determinar si se tiene o no la condición de empleado público y, finalmente, se reiteran argumentos ya vertidos en las resoluciones recurridas para justificar su revocatoria y la orden de reintegrar los dineros pagados.

En las mismas resoluciones se concedió el recurso de apelación ante el Coordinador General del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, quien los resolvió, respectivamente, mediante Resoluciones 000467 de 23 de abril de 2010 y 001933 del 31 de diciembre de 2010, en las que se reiteró que no era viable reconocerle a los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra la pensión de jubilación convencional, por cuanto debían sujetarse al régimen legal previsto en la Ley 33 de 1985 y que el grupo actuó dentro de los márgenes de su competencia y en atención a lo previsto en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, por lo cual confirmó las resoluciones recurridas.

4 Las acciones de tutela impetradas en los expedientes acumulados y lo resuelto en las instancias

Frente a lo descrito, los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra, de forma separada, impetraron acción de tutela, el primero, en escrito que aparece reconocido ante el cónsul de Colombia en la ciudad de Atlanta, Estados Unidos de América, con fecha 23 de octubre de 2010 y presentado en la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 13 de enero de 2011. El segundo, en su propio nombre, radicó el escrito en la Secretaría General del Tribunal Administrativo del Atlántico el 10 de mayo de 2011.

Los demandantes consideran que se les han violado los derechos al debido proceso administrativo, la seguridad social, lo que, en su criterio, ha implicado una amenaza a su derecho a la vida en condiciones dignas, por habérseles afectado el mínimo vital y se

quejan de que, faltando su consentimiento, se les haya revocado la pensión, sin que la autoridad administrativa arrimara al expediente evidencia que permitiera establecer que, dentro del trámite inicial o dentro del proceso de formación del acto administrativo mediante el cual se les reconoció la pensión, hubiesen incurrido en la comisión de un delito, exigencia que consideran básica para emitir decisiones como las que tomó el coordinador del área de pensiones y en lo que, según afirman, infructuosamente insistieron al sustentar los recursos de reposición y apelación.

Los actores estiman que la autoridad que revocó el acto de reconocimiento de las pensiones ha debido acudir a la jurisdicción administrativa, como juez natural “para cumplir su propósito de sanear la nómina de puertos de Colombia, por los cauces de la Constitución”, debido a lo cual se atribuyó una función que no le corresponde y desconoció el carácter excepcional de la revocatoria directa que, según ellos, “solo procede cuando el receptor o beneficiario ha inducido a la administración en engaño, por la consumación de un comportamiento descrito en la ley como delito durante el proceso de formación del acto administrativo objeto de revisión.”

Alegan que, de manera soslayada, se pretende modificar una política pública gestada durante el gobierno del presidente Gaviria y en razón de la cual se consideró necesario separar y suprimir los cargos existentes en la empresa portuaria, de manera rápida y a fin de lograr su liquidación y dar paso a las sociedades portuarias privadas, por lo que se ha defraudado el principio constitucional de la confianza legítima “que permite entender que las autoridades públicas realizan sus actuaciones con sumisión al derecho.”

Añaden que para unas personas de 57 y 64 años, respectivamente, es poco probable en Colombia acceder al mercado laboral con la finalidad de completar el tiempo faltante para ser beneficiario de una pensión de jubilación y que, después de haber disfrutado durante 19 años la que les fue reconocida, de ella derivaban su sustento y el de su núcleo familiar conformado, según el primero, por su esposa, un hijo y sus dos suegros, fuera de lo cual atendía los servicios médicos que requiere como paciente de artritis, desbalance tiroideo y colesterol, así como de las personas a su cargo, cuyos costos, afirma, son demasiado altos. De acuerdo con el segundo, de él dependen su hija menor de edad, sus dos padres de 85 años de edad cada uno, quienes requieren de tratamiento médico especial por sufrir de hipertensión y artritis, por lo que requieren dieta equilibrada y medicamentos diarios para

mejorar su calidad de vida y, su hermana quien actualmente tiene 60 años de edad y por sus condiciones de salud no ha podido laborar y adquirir su propio sustento, motivo por el cual debe suministrarle lo necesario para su subsistencia, debido a que padece de una enfermedad renal crónica y debe someterse a diálisis permanente, por lo que ha debido acudir a terceros para cancelar su servicio de salud a la EPS a la que la tiene afiliada.

De la misma manera, mientras que el señor Bolívar Curtidor afirma que adquirió obligaciones con diferentes entidades financieras, entre otras cosas, para el pago de su casa y que actualmente soporta un cobro jurídico, lo que también afecta a otro hijo suyo residente en Bogotá como beneficiario de una cuota de alimentos que no ha recibido desde la extinción de la pensión, el señor Montaña Ibarra, sostiene que en la actualidad no ha podido cubrir varias obligaciones al Banco Davivienda por concepto de tarjetas de crédito, préstamo para un vehículo y de libre inversión que había adquirido cuando contaba con la mesada pensional.

En ese sentido, solicitan que se ordene reanudar el pago de sus pensiones, debido a la existencia de vía de hecho por defecto orgánico originado en la falta de competencia y en el desconocimiento de la cosa juzgada por ignorancia del condicionamiento efectuado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-835 de 2003.

En el caso del señor Bolívar Curtidor, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, resolvió negar el amparo solicitado, tras considerar que: (i) la administración no hizo otra cosa que dar cumplimiento a las medidas de restablecimiento, adoptadas por el juez penal dentro de las investigaciones y procesos adelantados contra directivos de la entidad por los escandalosos casos de corrupción que se generaron con ocasión de las elevadísimas pensiones reconocidas a los extrabajadores; (ii) la revocatoria directa procede cuando se demuestra la existencia de un delito sea por parte del administrado o de la administración y, (iii) está demostrado que “se cometió peculado por parte del Director General de la entidad” al “reconocerle la pensión” teniendo en cuenta la calidad de trabajador oficial que “nunca ostentó”.

En segunda instancia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, decidió revocar la sentencia de primera instancia, en su lugar, conceder el amparo y revocar la Resolución 01722 del 28 de noviembre de 2008, así como

ordenar que, en el término de 48 horas, se reanudara el pago de la mesada pensional al demandante, con la inclusión de las sumas de dinero dejadas de pagar desde la ejecución de la resolución revocada.

Estimó el juez de segunda instancia que: (i) tanto al actor como a su familia, se les causó un perjuicio irremediable, toda vez que “del material probatorio que obra en el expediente, se observa que lo recibido por concepto de pensión es lo único que percibe como fuente de sustento junto con su esposa e hijos”, a más de lo cual su actual edad hace más difícil concretar una alternativa de trabajo que le permita obtener un ingreso permanente, por lo que “debe efectuarse un análisis más riguroso del contenido del acto administrativo que modificó su situación jurídica pensional”; (ii) en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, la administración puede revocar unilateralmente un acto administrativo de reconocimiento de la pensión, siempre que haya mediado un acto delictivo del beneficiario, bastando para el efecto la tipificación penal de la conducta, como lo indicó la Corte Constitucional en Sentencia C-835 de 2003 en la que, adicionalmente, quedó anotado que cuando el problema jurídico verse sobre interpretaciones relativas al régimen jurídico aplicable al pensionado, su estudio se reserva al juez de la causa, pues la revocatoria directa solo procede con el consentimiento del titular del derecho y, en caso de no ser obtenido, la administración debe demandar su propio acto y, (iii) no se evidencia una conducta que permita entrever la comisión de un hecho punible por el accionante y que, además, existe una discrepancia en la interpretación referente al régimen jurídico aplicable que debe ser definida por los jueces competentes, de modo que “no era procedente en el caso concreto, la revocatoria directa del acto administrativo, sin el consentimiento del particular”.

En el caso del señor Montaña Ibarra, el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, amparó los derechos fundamentales invocados como vulnerados y en consecuencia, dejó sin efectos las resoluciones revocatoria de la pensión y sus confirmatorias, emitidas por la entidad demandada, igualmente ordenó que en el término de 48 horas, se reanudara el pago de la mesada pensional al demandante, con la inclusión de las sumas de dinero dejadas de pagar desde la ejecución de la resolución revocada, al considerar que se aplicaba integralmente la posición asumida el 10 de marzo de 2011 por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado en la que se resolvió en segunda instancia la acción de tutela a la que acudió el señor Bolívar Curtidor y, particularmente, tuvo en cuenta las

especiales circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentra el señor Montaña Ibarra por ser persona de la tercera edad (64 años), quien tiene a cargo, su hija menor de edad, a sus dos ancianos padres y a su hermana de 60 años enferma. De igual manera, valoró el hecho de que la Fiscalía General de la Nación profirió resolución inhibitoria en su favor por el presunto delito de peculado por apropiación.

En segunda instancia, la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, confirmó el fallo recurrido, con idénticos argumentos a los consignados por el despacho judicial de primera instancia.

5. El problema jurídico planteado

Se deduce de lo hasta aquí reseñado que el problema jurídico que se le plantea al juez de tutela gira alrededor de la figura de la revocatoria directa de los actos administrativos, en la forma como fue prevista en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, dado que los demandantes consideran que el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia no tenía competencia para revocar los actos administrativos por los cuales les fue reconocida su pensión de jubilación en 1991, mientras que el referido Grupo sostiene que era competente para revocarlos directamente, en atención a las facultades conferidas por el artículo citado.

Sobre la solución del problema, mientras que en el primer caso, los jueces de instancia mantuvieron posiciones disímiles (negó el amparo y luego fue revocada la decisión), en el segundo, tanto en primera como en segunda instancia se concedió la protección solicitada y se ordenó reanudar los pagos mensuales por considerar que la administración no estaba facultada para proceder a la revocación directa y que ha debido demandar su propio acto.

Tanto en los alegatos de las partes en los casos acumulados, como en las decisiones judiciales, la determinación del alcance de la competencia para revocar directamente el acto administrativo de reconocimiento de la pensión parte del contenido del artículo 19 de la Ley 797 de 2003 y también de la forma como lo interpretó la Corte Constitucional en la Sentencia C-835 de 2003, al declarar su exequibilidad condicionada.

Así las cosas, para resolver el problema jurídico se hará referencia a la revocatoria directa

de los actos administrativos, pero en la forma como fue prevista en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 y como la entendió la Corte al examinar su constitucionalidad, para analizar, a luz de lo allí exigido, la revocatoria directa que ha sido causa de las acciones de tutela que ahora ocupa la atención de la Sala y todo esto, siempre que las solicitudes superen los requisitos de procedencia que, en esta oportunidad, tienen que ver con la inmediatez y con la existencia de otro medio judicial de defensa.

En cuanto hace a la inmediatez, en la demanda de tutela el señor Bolívar Curtidor llama la atención acerca de que la actuación administrativa quedó en firme el 28 de abril de 2010, que la acción fue presentada en un término razonable y la Sala considera que le asiste razón al actor, habida cuenta de que el hecho de residir en el exterior implica un grado de mayor dificultad para actuar ante las autoridades judiciales del país, pues, conforme quedó reseñado, la diligencia de reconocimiento del texto de la demanda se llevó a cabo en el consulado colombiano de la ciudad de Atlanta el 23 de octubre de 2010 y la acción fue radicada el 13 de enero de 2011, en oportunidad que, dadas las circunstancias, la Sala estima razonable. Por su parte, en la otra acción de tutela acumulada, el señor Montaña Ibarra indica que la actuación administrativa quedó en firme el 31 de enero de 2011, fecha en la que su apoderado judicial fue notificado personalmente de la resolución que resolvió el recurso de apelación incoado, lapso que contado hasta el momento de acudir a la solicitud de protección constitucional (10 de mayo de 2011[14]), la Sala considera oportuno.

Cabe agregar que las pensiones fueron revocadas y que, por tal motivo, el pago de las mensualidades fue suspendido, lo que conduce a considerar que se trata de una prestación periódica y que, en tal caso, el reclamo consistente en la reanudación del pago de las mensualidades podía plantearse en el término en que lo hicieron los demandantes, dado que, de llegar a tener razón en sus reclamaciones, la orden de abstenerse de efectuar los pagos carecería de fundamento y para atacar una omisión, cuyo efecto es prolongar en el tiempo la vulneración, tornándola actual, tendría que disponerse la reanudación del pago de las mesadas.

En lo referente a la existencia de otro medio judicial de defensa, en las demandas se indica que al momento de instaurar las tutelas no había caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso

Administrativo, con lo cual se reconoce que hay una vía procesal para procurar ante los jueces competentes el restablecimiento de los derechos. Sin embargo, también se recuerda que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6-1 del decreto 2591 de 1991, “la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

Ciertamente, la Corte Constitucional ha considerado que, por regla general, la acción de tutela no es el principal remedio procesal cuando se trata de obtener prestaciones de índole económica, como los pagos por conceptos de pensiones o los reajustes en las correspondientes mesadas, pero también ha advertido que en eventualidades excepcionales, apreciadas en concreto, la acción de tutela puede resultar procedente, sobre todo si se evidencia la ineficacia del medio judicial existente o que, pese a encontrarse a disposición de quien se considera afectado, tiene finalidades que no necesariamente habrán de conducir a la protección de los derechos fundamentales objeto de eventual violación.

Desde luego, la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo tiene, como su propia denominación lo indica, el propósito de restablecer el derecho amparado en una norma jurídica, pero la Sala no puede ignorar que la medida adoptada respecto de las pensiones de los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra fue radical, por cuanto se trata de su revocación producida, además, sin contar con el consentimiento de los beneficiarios del derecho subjetivo que le había sido reconocido[15].

A causa de lo anterior y sin que haya sido aducida prueba que demuestre lo contrario, quienes son actores en las tutelas (los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra) se vieron privados del ingreso con el que se sostenían y sus núcleos familiares, incluidos los hijos del primero, uno de ellos titular de cuota alimentaria, fuera de atender obligaciones bancarias adquiridas, entre otros propósitos, como el de hacerse a una casa y de asegurar su protección en materia de salud, necesaria en cuanto padece de artritis, desbalance tiroideo y colesterol. De la misma manera, del segundo dependen, su hija menor de edad, sus dos ancianos padres (de 85 años cada uno) y su hermana de 60 años, quien, además, padece de una deficiencia renal crónica, a lo que se le suman las deudas bancarias por concepto de adquisición de un vehículo, crédito de libre inversión y pago de tarjetas de crédito.

Súmese a lo precedente que, aun cuando el señor Bolívar Curtidor no pertenece a la tercera

edad, es razonable sostener que a los 57 y 64 años del señor Montaña Ibarra y después de haber disfrutado durante más de 19 de las pensiones unilateralmente revocadas, son menores sus posibilidades de acceder al mercado laboral para obtener un empleo que les permita subsistir dignamente, responder por sus obligaciones y satisfacer las necesidades de sus núcleos familiares.

Las anotadas circunstancias dan cuenta de unas situaciones apremiantes que, por comprometer derechos fundamentales de los demandantes y de las personas a su cargo, no dan lugar a esperar el resultado de los procesos que se adelantarán en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debiéndose poner de presente que, si se llegara a concluir que es la administración la llamada a demandar su propio acto, no sería coherente estimar, desde el inicio, la improcedencia de las tutelas por la simple posibilidad de acudir a un medio judicial de defensa cuya primera consecuencia no sería otra que la de trasladar a cabeza de los administrados, que no han consentido en la revocatoria, una obligación primeramente situada en cabeza de la administración.

En casos que guardan similitud con el ahora abordado, la Corte ha señalado que “cuando la actuación administrativa a la que se acusa de vulnerar derechos fundamentales consiste en la revocatoria directa de un acto propio, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo de defensa judicial, en atención a los principios de buena fe y de seguridad jurídica, con el fin de garantizar el derecho al debido proceso”, pues “toda persona tiene derecho a que las actuaciones administrativas que comporten una afectación de su situación particular, sea el resultado de un debido proceso”, cuyos presupuestos esenciales son la vinculación del afectado al proceso y “el fundamento legal de la actuación administrativa”[16].

7. El artículo 19 de la Ley 797 de 2003 y su interpretación constitucional

El fundamento legal que la administración esgrimió para sustentar la revocatoria directa de las pensiones reconocidas a los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra es el tantas veces citado artículo 19 de la Ley 797 de 2003, de acuerdo con cuyas voces “los representantes legales de las instituciones de Seguridad Social o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, deberán verificar, de oficio, el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de

los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la suma o prestación fija o periódica a cargo del tesoro público, cuando quiera que existan motivos en razón de los cuales pueda suponer que se reconoció indebidamente una pensión o una prestación económica”.

Añade el artículo citado que si se llega a comprobar el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo aun sin el consentimiento del particular y compulsar copias a las autoridades competentes.

Conforme ha sido puesto de presente, el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 fue examinado en su constitucionalidad mediante Sentencia C-835 de 2003, en la que se declaró su exequibilidad condicionada “en los términos del numeral 4 de las consideraciones y fundamentos de esta sentencia”. En el referido numeral la Corte destaca que, en primer término, el artículo se ocupa de la verificación oficiosa de los requisitos y de los documentos que hayan servido de soporte a la obtención de la suma a cargo del tesoro público y anota que en ello “no encuentra reparo alguno”, aunque advierte que, una vez revisado, el asunto debe ser decidido de manera definitiva, pues “la administración no puede volver a cuestionar el mismo asunto una segunda o tercera vez”.

A continuación la Corte se fijó en la expresión “o quienes respondan por el pago”, como autorizados para efectuar la respectiva verificación y explica que “existen empleadores que tienen a su cargo el pago de pensiones de sus ex empleados, razón por la cual tales empleadores, junto con sus pagadores, tesoreros o quienes hagan sus veces, son destinatarios del artículo 19 en los términos prescritos”.

Con posterioridad, la Corporación se preguntó acerca de la entidad o importancia de los motivos que legalmente pueden promover la susodicha verificación oficiosa e indica que “debe tratarse de unos motivos reales, objetivos, trascendentes, y desde luego, verificables”, mas no “originados en los planos de la subjetividad irracional, en la intuición, en el desconocimiento de los requisitos mínimos para interpretar y aplicar el derecho; en la falta de diligencia y cuidado que la función pública exige a todo servidor público y a quienes sin serlo cumplan funciones administrativas”, porque “tales motivos, carecen de toda vocación para promover la verificación oficiosa que estipula la norma demandada” y,

de aceptarlos, se obraría “en detrimento de la efectividad de los derechos legítimamente adquiridos y de la confianza legítima que a los respectivos funcionarios les corresponde honrar”.

Acto seguido, la Corporación llamó la atención acerca de la entidad o importancia del incumplimiento de los requisitos que puede dar lugar a la revocatoria del acto administrativo de reconocimiento prestacional, aun sin el consentimiento del titular del derecho y sobre el particular apuntó que “no se puede tratar de cualquier incumplimiento de requisitos”, dado que ante “falencias meramente formales” o “inconsistencias por desactualización de la información interna de las entidades correspondientes”, el respectivo funcionario debe tomar medidas oficiosas orientadas a sanear los defectos detectados”, sin que la administración o los particulares puedan “extenderle a los titulares de las pensiones o prestaciones económicas los efectos de su propia incuria”.

Así pues, la Corte sostuvo que “cuando de conformidad con la Constitución y la ley deba revocarse el correspondiente acto administrativo, será necesario el consentimiento expreso y escrito del titular, y en su defecto, el de sus causahabientes” y, de no lograrse, “la entidad emisora del acto en cuestión deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”, en atención a razones de seguridad jurídica, de respeto a los derechos adquiridos o a las situaciones subjetivas consolidadas en cabeza de una persona, así como a la presunción de legalidad de las decisiones administrativas”.

La Corporación precisó que “cuando el incumplimiento de los requisitos esté tipificado como delito”, basta con la tipificación “para que la administración pueda revocar, aunque no se den los otros elementos de la responsabilidad penal”, de tal manera que cuando el reconocimiento se hace con base en documentación falsa o se encuentre comprobado el incumplimiento de los requisitos, “basta que sean constitutivos de conductas tipificadas por la ley penal”[17].

La Corporación hizo énfasis en que “en desarrollo del debido proceso la revocatoria establecida en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 tiene que cumplir satisfactoriamente con la ritualidad prevista en el Código Contencioso Administrativo o en los estatutos especiales que al respecto rijan” y particularmente citó los artículos 74, 28, 14 y 34 del Código Contencioso Administrativo, “sin perjuicio de la aplicación de las normas de

carácter especial que deban privilegiarse al tenor del artículo 1° del mismo estatuto contencioso”.

En las anotadas condiciones, la Corte puntualizó que “la manifiesta ilegalidad, tanto de las conductas reprochadas como de los medios utilizados para acceder a la prestación económica que se cuestione, debe probarse plenamente en el procedimiento administrativo que contemplan las prenotadas disposiciones, para lo cual el titular del derecho prestacional o sus causahabientes deberán contar con todas las garantías que inspiran el debido proceso en sede administrativa”.

Además, la Corte dejó en claro que “cuando el litigio versa sobre problemas de interpretación del derecho, como por ejemplo, el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición; o la aplicación de un régimen especial frente a uno general, estos litigios deben ser definidos por los jueces competentes de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y que en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo sin el consentimiento del particular”, anotado lo cual concluyó que la constitucionalidad condicionada del artículo 19 de la Ley 797 de 2003 sería declarada, pero entendiéndose “que el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, se refiere siempre a conductas tipificadas como delito por la ley penal”.

8. La revocatoria directa de los actos administrativos de reconocimiento de la pensión a los actores

De conformidad con los anteriores criterios procede analizar la situación puesta de presente por los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra en sus solicitudes de tutela y, para ello, conviene recordar que, según un planteamiento amplio, tratándose de la revocatoria de actos administrativos, los generales, impersonales y abstractos pueden ser revocados por la propia administración, siempre que se configuren las causales legalmente previstas, consistentes en la manifiesta oposición del acto a la Constitución o a la ley, en su inconformidad con el interés público o en el agravio injustificado a una persona.

En el caso de los actos de carácter particular o concreto, por cuya virtud se haya creado o modificado una situación jurídica o reconocido un derecho a una persona, su revocatoria necesita del consentimiento previo y escrito del respectivo titular, en procura de “preservar

la seguridad jurídica de los asociados” o sus derechos adquiridos y en razón de la presunción de legalidad que ampara a las decisiones administrativas una vez han cobrado firmeza, admitiéndose la revocatoria sin el consentimiento previo del favorecido cuando los actos resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, se den las causales que permiten la revocación de actos generales o sea evidente que el acto ocurrió por medios ilegales[18].

Del contenido del artículo 19 de la Ley 797 de 2003 se desprende que el supuesto que permite su aplicación es el de los actos administrativos de contenido particular y concreto y específicamente aquellos que irregularmente han reconocido pensiones o prestaciones económicas, cuya revocación ha de estar precedida por el adelantamiento de un procedimiento que garantice el debido proceso de los beneficiarios de la pensión o prestación de que se trate.

De acuerdo con el tenor literal de la disposición citada, el procedimiento debe adelantarse cuando haya motivos que permitan suponer el indebido reconocimiento de la pensión o de la prestación, caso en el cual procede la verificación oficiosa del cumplimiento de los requisitos exigidos para adquirir el derecho y de la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para la obtención de la pensión o de la prestación.

Conforme fue expuesto en la Sentencia C-835 de 2003, varias situaciones pueden presentarse una vez realizada la verificación y adelantado el procedimiento tendente a garantizar el debido proceso del beneficiario de la pensión o prestación, ya que, según el texto de la providencia, “cuando de conformidad con la Constitución y la ley deba revocarse el correspondiente acto administrativo, será necesario el consentimiento expreso y escrito del titular, y en su defecto el de los causahabientes” y “de no lograrse este consentimiento, la entidad emisora del acto en cuestión deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Significa lo anterior que no siempre la revisión oficiosa autorizada por el precepto y el consiguiente desarrollo del procedimiento autorizan la revocatoria directa del acto administrativo de reconocimiento prestacional o permiten prescindir del consentimiento expresado por el titular y que, en consecuencia, hay hipótesis en las que la administración no tiene camino diferente a presentar la correspondiente demanda ante la jurisdicción de lo

contencioso administrativo.

Así queda demostrado cuando se repara en la advertencia de la Corte, según la cual “cosa distinta ocurre cuando el cumplimiento de los requisitos aludidos esté tipificado como delito”, de modo que el reconocimiento se haya hecho con base en documentación falsa o el incumplimiento de los requisitos sea constitutivo de conducta penalmente tipificada, pues en tal evento el funcionario debe proceder a la revocatoria directa del acto administrativo, aun sin el consentimiento del particular, tal como lo establece el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 cuya exequibilidad se condicionó a que siempre se entienda referido “a conductas que estén tipificadas como delito por la ley penal”[19].

9. La tipificación penal de la conducta y la actuación del particular

Siendo así, importa dilucidar si la conducta tipificada como delito que debe dar lugar a la revocatoria del acto administrativo, aun sin el consentimiento del titular, necesariamente debe ser desplegada por este o si basta la tipificación penal de la conducta, de manera que se pueda proceder a la revocatoria directa con la sola posibilidad de tipificar como delito la actuación de la autoridad administrativa que, en su momento, reconoció la pensión o la prestación económica, sin que se evidencie participación del beneficiario o una conducta suya susceptible de tipificación penal.

Al respecto cabe destacar que la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular y concreto no es indiferente a la expresión del consentimiento del particular y que, según la interpretación de la Corte, la revocatoria de los que reconocen pensiones o prestaciones económicas también requiere de la manifestación expresa de ese consentimiento, salvo que la conducta que dio lugar al reconocimiento pueda ser tipificada penalmente, aunque “no se den los otros elementos de la responsabilidad penal”[20].

En principio procede sostener que la exigencia del consentimiento tiene especial relevancia siempre que la administración advierta una falla suya en el reconocimiento de un derecho particular, mientras que la competencia para proceder a revocar directamente cobra singular importancia cuando el funcionario advierte que la falla proviene del beneficiario de la pensión o prestación que ha creado una apariencia para lograr el reconocimiento de una pensión o de una prestación a la que no tiene derecho, hipótesis en la cual media una conducta pasible de ser tipificada como delito y, si no se obtiene el consentimiento de quien

irregularmente ha resultado beneficiado, la administración está facultada para proceder a la revocatoria directa y compulsar copias a las autoridades competentes.

De conformidad con este planteamiento inicial, cuando la irregularidad en el reconocimiento de la pensión proviene de la administración y no hay datos relevantes que permitan sostener la participación del particular o una conducta propia del beneficiario constitutiva de delito, la administración podrá requerir el consentimiento expreso del titular y, si no lo obtiene, deberá demandar su propio acto, siendo posible que no obtenga el consentimiento del particular, debido a que haya discrepancia sobre problemas de interpretación del derecho, “como por ejemplo, el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición o la aplicación de un régimen especial frente a uno general”, litigios que, a juicio de la Corte, deben ser definidos por los jueces competentes[21].

En este orden de ideas, la revocatoria directa procede cuando el particular ha incurrido en conducta tipificada penalmente, con tal de hacerse a la pensión o prestación económica, hipótesis en la que “se inscribe la utilización de documentación falsa en conexidad o no con conductas tipificadas por la ley penal, tales como el cohecho, el peculado, etc.” y en la que también se debe instar el consentimiento del particular que puede reconocer su indebida conducta o insistir en su derecho a la pensión o prestación, caso en el cual la administración puede revocar directamente el acto de reconocimiento, aun sin el consentimiento del particular[22].

Que lo precedente es así se deduce de la interpretación vertida por la Corte en la Sentencia C-835 de 2003, en la que, a propósito de la revocatoria directa de las pensiones o prestaciones económicas irregularmente reconocidas, citó jurisprudencia de acuerdo con la cual “en una circunstancia de manifiesta ilegalidad, sin embargo, la aplicación del principio de buena fe deberá operar es en beneficio de la administración para proteger el interés público, pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración rompe la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias”[23].

En atención a la cita transcrita, la presunción de buena fe y el principio de confianza legítima amparan al particular beneficiado por el reconocimiento de una pensión o prestación, de modo que es la actuación de ese particular la que puede dar pie a romper la

confianza legítima y a desvirtuar la presunción de buena fe que sustentan la legalidad del acto, finalmente afectado por su actuar fraudulento que le dio origen y que, además, es capaz de poner a actuar el principio de buena fe en beneficio de la administración para proteger el interés público. Esto último carecería de sentido si la revocatoria directa procediera por una actuación incluso tipificada penalmente y solo atribuible a la administración, pues en tal caso la administración reportaría beneficios de su propia incuria y trasladaría los efectos de esta al particular.

Posteriormente, la Corte trajo a colación otra cita para puntualizar que cuando resulta manifiesta la utilización de medios ilegales, fuera de las sanciones a que haya lugar en el proceso penal, procederá la revocatoria del acto “sin necesidad del consentimiento del implicado” que, se entiende, no puede ser otro que del particular que irregularmente se beneficie del reconocimiento de una pensión o prestación fija o periódica a cargo del tesoro público, como queda claro en apartado subsiguiente en el que hizo la siguiente cita: “cabe recordar que en la generalidad de los casos será solo con el consentimiento del interesado que se podrá revocar el respectivo acto administrativo de carácter particular y concreto y solo de manera excepcional frente a la actuación evidentemente fraudulenta de su parte, la administración podrá prescindir de la obtención previa de su consentimiento”[24]. (Negrillas fuera de texto).

Después, en el aparte dedicado a examinar la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 707 de 2003, la Corte, siempre argumentando desde la perspectiva del titular de la pensión o prestación económica, señaló que “mientras se adelanta el correspondiente procedimiento administrativo se le debe continuar pagando al titular” las mesadas o sumas causadas, “esto es, sin solución de continuidad”, a lo cual añadió que “como respecto del titular obra la presunción de inocencia, le corresponde a la Administración allegar los medios de convicción que acrediten la irregularidad del acto que se cuestiona”[25], de donde surge que la revocatoria directa del respectivo acto administrativo, sin el consentimiento del titular, procede siempre que la irregularidad del acto provenga de quien, mediante conducta tipificada como delito, se haya hecho acreedor de la pensión o prestación económica, lo que debe ser demostrado por la administración para desvirtuar de ese modo la presunción de inocencia, poner a su favor la presunción de buena fe y romper la confianza legítima en la que se apoya el principio de legalidad del acto administrativo[26].

No de otra manera puede entenderse que, según las consideraciones de la Corte, la manifiesta ilegalidad de las conductas y de los medios deba probarse plenamente y que se llame la atención acerca de que “el titular del derecho prestacional o sus causahabientes deberán contar con todas las garantías que inspiran el debido proceso en sede administrativa, destacándose el respeto y el acatamiento, entre otros, de los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción”[27].

En síntesis, la conducta irregular, tipificada como delito, de quien ha obtenido irregularmente una pensión o prestación económica es el elemento que, una vez demostrado por la administración, pone las cosas a su favor y mengua las garantías que rodean el acto administrativo indebidamente dictado, así como la situación del particular que reporta beneficio de su actuación irregular y, por lo tanto, frente a la evidencia de la ilegalidad, su consentimiento en la revocatoria del acto no resulta indispensable y la administración puede revocarlo directamente.

Otra cosa sucede cuando la ilegalidad del acto se debe a la exclusiva actuación de la administración, pues, aunque medie delito imputable al agente administrativo, la presunción de inocencia ampara al titular de la pensión o prestación discernida y la revocatoria del acto de reconocimiento requiere su consentimiento expreso y, de no ser obtenido, la administración está facultada para demandar su propio acto.

10. La situación de los demandantes y la tipificación penal de su conducta

Al examinar los actos administrativos mediante los cuales se revocó las resoluciones que, en junio y diciembre de 1991, reconocieron pensiones especiales de jubilación a los señores Henry Hernán Bolívar Curtidor y Carlos Jesús Montaña Ibarra, la Sala observa que el motivo principal que condujo a adoptar esas decisiones radica en que quien, para esa época, ejercía como gerente general de Puertos de Colombia incurrió en uso indebido de la autorización para acordar las condiciones de retiro de los funcionarios que desempeñaran cargos en la oficina principal, con el propósito de facilitar la liquidación de la empresa y, como se lee en la motivación de dichos actos, “resolvió legislar abiertamente a favor de los empleados públicos”, al establecer que “estos tenían derecho a una pensión de jubilación proporcional”, señalar nuevos requisitos de tiempo de servicios y edad y fijar el porcentaje base para la liquidación, con lo que, sin competencia alguna, habría sustituido el régimen

legal previsto en la Ley 33 de 1985 que exigía requisitos no cumplidos por los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra, quienes, conforme se indica, no eran trabajadores oficiales, sino empleados públicos y no tenían derecho a pensión.

En este sentido se indicó que “se incurrió en un comportamiento violatorio de la ley penal, pues, desconociéndose abiertamente la Constitución y la Ley, se procedió a reconocer pensiones especiales de jubilación a ex servidores cuyo último cargo desempeñado estaba claramente catalogado como de empleado público” y que “el Gerente General de la liquidada empresa Puertos de Colombia que expidió dicho acto administrativo, incurrió en Prevaricato por Acción, conducta que sirvió como medio para que un tercero se apropiara de dineros del Estado a los que no tenía derecho alguno”, por lo que se ordenó compulsar “copias del presente acto administrativo y de la documentación pertinente, con destino a la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional Anticorrupción, Estructura de Apoyo para el Tema Foncolpuertos, para que se adelante la investigación a que haya lugar”.

Es de interés apuntar que al sustentar el recurso de reposición y el subsidiario de apelación, los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra pusieron de presente que las resoluciones que se pretenden revocar se dictaron en ejercicio de una facultad de una autoridad pública, por ello no puede en estos momentos el Grupo, alegar su propia incuria, a lo que agregaron que respecto de la presunta inexistencia de los acuerdos 016 y 023 de 1990 y su falta de aprobación por el gobierno nacional, se trata de cargos que “constituyen un error de derecho imputable a la administración en todas sus épocas, y no fue producto de ninguna actuación dolosa o malintencionada de su prohijado”[28].

En las resoluciones por las cuales se resuelven los recursos de reposición se insiste en que estaba “plenamente demostrado” que los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra no tenían, ni tienen derecho, a obtener pensión de jubilación, por cuanto no cumplían con los requisitos establecidos en la ley aplicable a sus casos para concederlas, “resultando palmario que el servidor público que les concedió el derecho a través de dicho acto administrativo, incurrió, por lo menos, en prevaricato por acción, conducta típica descrita por el legislador como delito”.

Respecto de las conductas típicas descritas en el Código Penal, se expuso que la administración debe señalar con precisión si en el reconocimiento del derecho pensional se

incurrió en tales conductas, “al margen de la responsabilidad penal del pensionado, o las irregularidades que en general comporten ilegalidad, porque el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 ordena que el funcionario debe proceder a la revocatoria directa del acto administrativo y compulsar copias a las autoridades competentes”.

A lo anterior se añade que el Gerente General incurrió en conductas típicas previstas en la ley penal como delitos, “porque con tales actos administrativos se llevaron de calle tanto la Constitución como la Ley para reconocer un derecho y reajustar su cuantía”, pues lo que se hizo “fue expedir un acto administrativo manifiestamente contrario a la ley, y con base en ello dejar absolutamente de lado, ese sí, el régimen legal que regula las condiciones y derechos prestacionales de los empleados públicos”, sin que se pueda sostener “jurídica y válidamente que en el caso de la pensión de los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra, no procede la aplicación del artículo 19 de la Ley 789 de 2003”, ya que “se demostró que su pensión fue concedida por medios ilegales, que no son otros que las precitadas resoluciones, en tanto justamente el legislador de 2003 expidió dicha ley para que la administración pudiera ‘verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho’ y, en caso de comprobar tal incumplimiento, revocar directamente el acto administrativo, aun sin el consentimiento del particular, y compulsar copias a las autoridades competentes”.

Igualmente, al desatar los recursos de apelación se insistió en que, si bien es cierto que la resolución que reconoció la pensión “goza en principio de presunción de legalidad” y le impone a la administración el respeto de su palabra dada, lo que no resulta con idéntica certeza, es que su apariencia haya sido producto de un error excusable, pues se trata de un reconocimiento ilegal, como es, otorgarle la pensión a un empleado público, en aplicación directa de una convención colectiva, de la cual no era acreedor por no ser trabajador oficial”[29].

Lo anterior hace que “la administración se encuentre ampliamente facultada” para adelantar la revisión y lo puede hacer “no solo cuando sea evidente que el acto administrativo de reconocimiento del derecho prestacional ocurrió en conexidad con la comisión de hechos legalmente descritos en las disposiciones de la ley penal como punibles, sino también con el objetivo de enderezar por los cauces de la legalidad dichos reconocimientos, cuando fueron realizados con fundamento en normas diferentes a las que

debería fundarse”, caso en el que el artículo 19 citado autoriza la modificación de los actos administrativos irregulares, así como la revocatoria directa de un acto “en el que resulta ostensible su ilegalidad y, las más de las veces, su oposición a la Constitución Política, aun sin que medie el consentimiento del particular afectado, porque así lo permite la ley en comento, y que sin el mayor análisis de fondo, encaja en la situación del recurrente”[30].

La Sala llama la atención acerca de que la argumentación vertida en las resoluciones que unilateralmente revocaron los actos administrativos que habían reconocido las pensiones a los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra esencialmente se funda en la actuación de quien, en 1991, ocupaba la gerencia general de la entonces existente empresa Puertos de Colombia y que lo mismo sucede en las resoluciones que, respectivamente, resolvieron los recursos de reposición y apelación que, en el punto examinado, se limitan a reiterar el argumento, sin llegar a determinar, concretamente, qué actuación constitutiva de delito podía endilgársele a los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra y cuál era, en su caso, la tipificación correspondiente, que es lo exigido en la sentencia C-835 de 2003 para que se pueda proceder a la revocación del acto de reconocimiento de las pensiones o de las prestaciones económicas a cargo del erario, sin el consentimiento del titular.

Nótese que en la sustentación de los recursos, los apoderados de quienes ahora demandan en tutela pusieron de presente que en ninguna conducta tipificada como delito habían incurrido sus patrocinados y que solo obtuvieron como respuesta la reiteración del carácter ilegal de su pensión, fundado en la actuación del gerente de la época que, según fue expuesto en el acto de revocatoria, habría incurrido en prevaricato por acción.

La actuación que por ser constitutiva de alguna de las conductas tipificadas en la ley penal como delito da lugar a que, según el condicionamiento de la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, se pueda revocar directamente la resolución que reconoce una pensión, sin obtener el consentimiento del titular del derecho reconocido es, a no dudarlo, la desplegada por éste, pues cuando la administración no demuestra que ha mediado delito del particular para hacerse a la prestación o cuando la conducta típica ha sido desarrollada exclusivamente por su agente sin la demostrada participación del beneficiario, es menester obtener su consentimiento expreso o el de sus causahabientes y, a falta de éste, “la entidad emisora del acto en cuestión deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”[31].

Y es que la responsabilidad derivada de una conducta delictiva se funda en la actuación efectivamente desplegada por quien en ella incurrió y es individual, de modo que, en principio, no puede afectar la situación jurídica definida a favor de la persona respecto de la cual la administración no ha cumplido la carga de demostrar que ha incurrido en conducta tipificada como delito, pues respecto de ella no se ha destruido la presunción de buena fe que, al tenor del artículo 83 de la Carta, ampara a todo aquel que acude a la administración, tampoco se ha roto la confianza legítima que protege al particular, ni se ha desvirtuado su presunción de inocencia.

Al comparar una situación como la que ahora se examina con la de la persona que asume un cargo sin el cumplimiento de los requisitos, la Corte hizo una cita de conformidad con la cual, si esa persona “obró de buena fe, circunstancia que ha de presumirse, la revocatoria del acto respectivo solo podrá efectuarse previa manifestación de su consentimiento y en cumplimiento del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A.”[32].

No basta, entonces, una genérica alusión a la posible actuación contraria al derecho de quien se beneficia de una posición o de una prestación o la remisión de copias a la autoridad competente para investigar los delitos, pues lo que el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, en la forma como fue condicionado en la Sentencia C-835 de 2003, exige es que la irregularidad causada por el titular del derecho debe ser acreditada por la administración que tiene la carga de la prueba, porque “respecto del titular obra la presunción de inocencia”, motivo por el cual se exige que la conducta desplegada por el beneficiario sea identificada a tal punto que resulte posible su encuadramiento en alguno de los tipos penales, aunque no se configuren los otros elementos de la responsabilidad penal.

11. Las sentencias revisadas

En las anotadas circunstancias, razón le asiste al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, que falló las acciones de tutela en segunda instancia, al señalar que “la administración puede revocar unilateralmente un acto administrativo que reconoció una pensión, previo agotamiento del procedimiento contenido en el artículo 74 del C.C.A., en el evento que haya mediado un acto delictivo del beneficiario, hecho que deberá ser mencionado expresamente, con la totalidad de los elementos de juicio que llevaron a la administración a tal determinación, para lo cual basta

simplemente la tipificación de la conducta como delito, aunque no se den los otros elementos de la responsabilidad penal”.

A lo precedente añadió que tal tipificación “debe ser de tal certeza que pueda desprenderse de un simple razonamiento una conducta delictiva en cabeza del sujeto del derecho”, pues no basta indicar “someramente en el acto que se inició una denuncia penal en contra del pensionado, sin indicar al menos el tipo penal endilgado, en vista de que tal afirmación por sí misma, no lleva al convencimiento, ni siquiera a priori, de que aquel cometió algún tipo de fraude para acceder a la prestación pensional”, ya que la indicación a título informativo de que se inició en su contra una actuación penal, “no patentiza la intención de la Corte Constitucional plasmada en la sentencia de exequibilidad aludida, de proteger al Administrado del arbitrio del Estado”.

Como “no se evidencia una conducta que permita entrever la comisión de un hecho punible, en tanto no se alude a que el actor haya presentado documentación falsa o alterado su historia laboral con el fin de acceder fraudulentamente a la pensión de jubilación, acreditando requisitos inexistentes”, la Sala comparte la conclusión a la que llegó el Consejo de Estado, en el sentido de que no era procedente en el caso concreto, la revocatoria directa de los actos administrativos, sin el consentimiento del particular y también la decisión de conceder el amparo, dejar sin efectos las Resoluciones 01722 del 28 de noviembre de 2008 y 001694 del 25 de noviembre de 2008 (ésta última al confirmarse la sentencia de primera instancia que accedió a la protección constitucional) y ordenar el pago de las mesadas pensionales a favor de los demandantes, con inclusión de las sumas de dinero dejadas de pagar desde la ejecución de las resoluciones revocadas.

En consecuencia, la sentencia de segunda instancia en ambos casos será confirmada, no sin antes puntualizar que, fuera de lo anterior, los expedientes también muestran discrepancias entre la administración y los actores en cuanto hace a la condición de empleados públicos que según el Grupo tenían los señores Bolívar Curtidor y Montaña Ibarra y la de trabajador oficial que reivindican éstas y también en lo relativo a las actas de conciliación 027 de 1998 y 001 de 1997 que la administración considera son ineficaces y afectadas por la ilegalidad, en su orden, de las resoluciones 097 de 5 de junio de 1998 y 486 del 14 de abril de 1998, lo que niegan los demandantes, todo lo cual advierte acerca de un desacuerdo que compromete la definición de si el régimen jurídico aplicable es el de la convención

colectiva o el de la ley o de si los demandantes tenían o no derecho a acogerse al plan de retiro orientado a la liquidación de la empresa, lo que, en últimas, también aconseja que la cuestión deba ser definida por los jueces competentes y avala que sea la administración la llamada a demandar el acto administrativo de reconocimiento de pensión.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el asunto de la referencia mediante auto del trece (13) de septiembre de 2011.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia proferida 10 de marzo de 2011 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, por medio de la cual, revocó el fallo proferido el 27 de enero de 2011, adoptado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que había negado el amparo constitucional. En consecuencia, se protegieron los derechos fundamentales invocados, se revocó la Resolución 01722 del 28 de noviembre de 2008 proferida por la entidad demandada y, se ordenó dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, reanudar el pago de la mesada pensional a favor del señor Henry Hernán Bolívar Curtidor con inclusión de las sumas de dinero dejadas de pagar desde la ejecución de la resolución revocada.

TERCERO.- CONFIRMAR la sentencia emitida el 28 de julio de 2011 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, – Subsección A-, que confirmó a su vez el fallo proferido el 30 de mayo de 2011 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Atlántico, en la acción de tutela incoada por Carlos Jesús Montaña Ibarra en contra del Ministerio de la Protección Social –Grupo Interno de Trabajo, Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia-, mediante la cual se protegieron al actor los derechos fundamentales que invocó, se revocó la Resolución 001337 del 6 de octubre de 2009 y 001933 adoptadas por dicha entidad y en consecuencia se ordenó a la misma que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, reanudara el pago de la mesada pensional a favor del actor, con inclusión de las sumas dejadas de pagar desde la ejecución de la

resolución revocada.

CUARTO.- LIBRENSE, por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

NILSON PINILLA PINILLA

A LA SENTENCIA T-455/13

MANIFIESTA ILEGALIDAD-Concepto (Salvamento de voto)

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR Y CONCRETO-Irrevocables o inmutables (Salvamento de voto)

REVOCATORIA O SUSPENSION UNILATERAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-Requiere el

consentimiento previo y expreso del involucrado excepto en los casos de silencio administrativo y manifiesta ilegalidad (Salvamento de voto)

Referencia: Expedientes acumulados T-3058099 y T-3199436.

Acciones de tutela incoadas independientemente por Henry Hernán Bolívar Curtidor y Carlos Jesús Montaña Ibarra.

Magistrado sustanciador:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Fecha ut supra

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, me permito exponer los argumentos que me condujeron a disentir de la decisión adoptada por parte de la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, en la sesión de julio 15 de 2013, que por votación mayoritaria expidió la sentencia T-455 de 2013 de tal fecha.

Disiento categóricamente de esta sentencia por las siguientes razones:

1. Durante los trámites de las actuaciones administrativas, se cumplió el debido proceso administrativo, en la medida en que se notificó efectivamente a los accionantes, y estos tuvieron la oportunidad de intervenir en el proceso y aportar las pruebas que consideraron conducentes para defender su derecho. Así mismo, presentaron los recursos de la vía gubernativa, reposición y apelación, los cuales fueron resueltos de fondo.
2. Consta que fueron probados debidamente los presupuestos que para el efecto de la revocatoria directa unilateral exige el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 y la sentencia C-835 del mismo año proferida por esta Corte, en la medida en que la administración logró demostrar con argumentos reales, objetivos y trascendentes que el ex Gerente General de Puertos de Colombia profirió una resolución manifiestamente contraria a la ley, según lo establece el tipo penal de prevaricato por acción consagrado en el artículo 413 del Código Penal Colombiano[33].
3. Se logró probar que las Resoluciones revocadas fueron producto de una “abrupta,

abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta “, no solo del entonces Gerente General de Puertos de Colombia, sino del condenado ex Director de Foncolpuertos.

4. En el presente asunto no se trata de verificar la aplicación de regímenes de transición o especiales, ni se cuestiona ninguna interpretación del derecho, pues como quedó anotado, se concedieron pensiones a empleados públicos mediante la realización de un comportamiento tipificado en la legislación penal como delito.

Llego a las anteriores conclusiones, a partir del concepto de manifiesta ilegalidad desarrollado por esta Corte, que tiene unas exigencias para su configuración, que efectivamente se cumplieron por parte de la administración en los casos analizados mediante esta providencia. Como explico a continuación

Concepto de manifiesta ilegalidad.

La revocatoria directa de los actos administrativos de carácter particular y concreto está regulada en el ordenamiento jurídico colombiano; la misma, por regla general, solo se puede efectuar previo consentimiento expreso del involucrado, excepto en los casos en los que se presente una manifiesta ilegalidad o cuando son producto del silencio administrativo positivo.

La regulación general se encuentra en el Código Contencioso Administrativo[34], a partir de los artículos 69 y siguientes vigentes para el momento de la revocatoria de las Resoluciones, allí se establecía, al igual que ahora, que los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus superiores inmediatos, de oficio o a solicitud de parte, cuando i) sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, ii) no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él, y/o iii) con ellos se cause agravio injustificado a una persona. De igual forma, se establece que es imprescindible obtener el consentimiento previo, expreso y por escrito del titular a quien el acto particular y concreto beneficia.

Esta corporación[35] ha desarrollado el carácter irrevocable e inmutable de tales actos administrativos, en especial cuando no se obtenga el mencionado consentimiento previo y expreso, como una garantía del principio de seguridad jurídica y del respecto a los derechos adquiridos en cabeza del titular beneficiado. Así mismo, como una forma de reivindicar la

presunción de legalidad de los actos que provengan de la administración pública, que solo puede ser desvirtuada a través del decreto judicial de la nulidad de tales actos.

De forma excepcional, se regulan situaciones en las cuales la administración pública puede proceder a efectuar la revocatoria unilateral de un acto particular y concreto, sin el consentimiento del titular, en la medida en que estos se hayan proferido de forma manifiestamente ilegal o ilícita y/o cuando sean producto del silencio administrativo positivo.

“Desde luego, como también lo ha reiterado la Corte, la administración está autorizada expresamente por el artículo 73, inciso 3, del Código Contencioso Administrativo para revocar, sin el consentimiento de la persona favorecida, el acto administrativo obtenido ilícitamente.

En tales hipótesis, no cabe duda de que en el origen de la situación jurídica individual que se reclama existe un vicio, que si es conocido por la Administración, no puede permanecer sustentando un derecho, como si éste se hubiese adquirido al amparo de la ley.

En realidad, la circunstancia expuesta indica que el alegado derecho subjetivo, en cuanto tiene por sustento la violación de la ley, no merece protección. El orden jurídico no se la brinda, pues nunca lo ilícito genera derechos.”

En fallo T-381 de mayo 26 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se precisó (no está en negrilla en el texto original): “... no basta que la revocatoria directa de un acto administrativo de contenido particular y concreto, se relacione con ‘situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir o sospechar la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca’. Es preciso que para aplicar esta causal, exista ‘una evidencia de ello y, en consecuencia, la motivación del acto revocatorio dejará constancia expresa acerca de los elementos de juicio que llevaron al ente administrativo a concluirlo así’. ”

De lo anterior se desprende que de la manifiesta ilegalidad se deriva una situación extraordinaria, que busca proteger el interés público y defender la corrección y coherencia del sistema jurídico como tal, permitiéndole utilizar esa herramienta para depurarse, pues como se explicó, ninguna situación puede ampararse si fue generada a partir de un

fraude[36].

Ahora bien, frente a los actos administrativos de carácter particular y concreto que conceden o reconocen pensiones o prestaciones económicas periódicas, la facultad de revisarlos y revocarlos unilateralmente por parte de la administración, sin la autorización expresa del titular del derecho, se encuentra legalmente reglada por el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, que dispone (no está en negrilla en el texto original, como tampoco en los textos subsiguientes):

“Artículo 19. Revocatoria de pensiones reconocidas irregularmente. Los representantes legales de las instituciones de Seguridad Social o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, deberán verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la suma o prestación fija o periódica a cargo del tesoro público, cuando quiera que existan motivos en razón de los cuales pueda suponer que se reconoció indebidamente una pensión o una prestación económica. En caso de comprobar el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo aun sin el consentimiento del particular y compulsar copias a las autoridades competentes. ”

Tal artículo que, como se indicó, prevé la facultad de que la administración realice un estudio de fondo sobre las pensiones o prestaciones económicas a cargo del tesoro público en las cuales existan serios indicios de reconocimiento indebido, fue declarado exequible de manera condicionada mediante sentencia C-835 de septiembre 23 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería.

En tal providencia esta corporación puntualizó que no se puede revocar un acto administrativo de reconocimiento de una prestación, sin el consentimiento del titular, por el simple incumplimiento de algunos requisitos, sin que se haya probado alguna conducta irregular, correspondiéndole a la administración sanear los defectos que encuentre en dicho acto. Al respecto, se manifestó:

“... no se puede tratar de cualquier incumplimiento de requisitos, toda vez que ante falencias meramente formales; o ante inconsistencias por desactualización de la

información interna de las entidades correspondientes, respecto de las cuales el titular del derecho o sus causahabientes no hayan realizado conductas delictivas, le compete al respectivo funcionario tomar de oficio las medidas tendientes al saneamiento de los defectos detectados, haciendo al efecto acopio de los medios y recursos institucionales, sin perjuicio de la solicitud de información a terceros y, llegado el caso, al titular del derecho o a sus causahabientes.

... en materia de supresión de actos administrativos, no es lo mismo cuando interviene un funcionario administrativo que cuando interviene el Juez; y que, en todo caso, la revocatoria directa de un acto administrativo que reconoce una pensión o prestación económica sólo puede declararse cuando ha mediado un delito.

La Corte deja claramente establecido que cuando el litigio versa sobre problemas de interpretación del derecho; como por ejemplo, el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición; o la aplicación de un régimen especial frente a uno general; estos litigios deben ser definidos por los jueces competentes de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y que en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo sin el consentimiento del particular. ”

Adicionalmente, se estableció que la basta con la tipificación de la conducta como delito para que la administración pueda revocar, aunque no se den los otros elementos de la responsabilidad penal; por consiguiente, al tratarse de una circunstancia de ostensible ilegalidad, la aplicación del principio de buena fe deberá operar en beneficio de la administración para proteger el interés público[37], pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración rompe la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias, así se señaló:

“Cosa distinta ocurre cuando el incumplimiento de los requisitos aludidos esté tipificado como delito y la Corte señala claramente que basta con la tipificación de la conducta como delito, para que la administración pueda revocar, aunque no se den los otros elementos de la responsabilidad penal, de tal manera que en el evento de que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa o se halla comprobado el incumplimiento de los requisitos, basta con que sean constitutivos de conductas tipificadas por la ley penal,

hipótesis en la cual se inscribe la utilización de documentación falsa, en conexidad o no con conductas tipificadas por la ley penal tales como el cohecho, el peculado, etc.”

Esta corporación en la sentencia de constitucionalidad condicionada en referencia, también sostuvo que cuando se trate de prestaciones económicas, la revocatoria directa en la que se alegue una manifiesta ilegalidad, deberá ser siempre la consecuencia lógica y jurídica de un procedimiento surtido con arreglo a los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las normas de carácter especial que deban privilegiarse al tenor del artículo 1o del mismo estatuto contencioso. Tal procedimiento, así mismo, deberá dar lugar a iniciar las acciones fiscales, judiciales, penales y disciplinarias pertinentes, en procura de la restitución de los recursos y la imposición de las sanciones que corresponda, ante las actuaciones ilícitas. Así se indicó:

“Por lo tanto, los motivos que dan lugar a la hipótesis revocatoria del artículo 19 no pueden entenderse de manera indeterminada, aislada, ni al margen del debido proceso. Antes bien, la manifiesta ilegalidad, tanto de las conductas reprochadas como de los medios utilizados para acceder a la prestación económica que se cuestione, debe probarse plenamente en el procedimiento administrativo que contemplan las prenotadas disposiciones, para lo cual el titular del derecho prestacional o sus causahabientes deberán contar con todas las garantías que inspiran el debido proceso en sede administrativa, destacándose el respeto y acatamiento, entre otros, de los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción; y por supuesto, imponiéndose el respeto y acatamiento que ameritan los términos preclusivos con que cuenta el funcionario competente para adelantar y resolver cada etapa o lapso procedimental.

Así, la decisión revocatoria, en tanto acto reglado que es, deberá sustentarse en una ritualidad sin vicios y en una fundamentación probatoria real, objetiva y trascendente, en la cual confluyan de manera evidente todos los elementos de juicio que llevaron al convencimiento del funcionario competente para resolver. En conclusión, entre la parte motiva y la parte resolutive del acto de revocatoria directa deben mediar relaciones de consonancia que estén acordes con los respectivos mandatos constitucionales y legales, particularmente, con el debido proceso, la legalidad de los derechos adquiridos y la defensa del Tesoro Público. ”

En concordancia, en sentencia T-776 de agosto 11 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, se – indicó que para revisar y revocar los actos administrativos que conceden o reconocen pensiones, deben preceder motivos reales, objetivos y trascendentes. Así, surgen tres diferentes situaciones:

“(i) la Administración tendrá la facultad de revocar su propio acto aún sin consentimiento del beneficiario, siempre que se agote como mínimo el procedimiento previsto en los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo y que se identifiquen en la conformación del acto administrativo censurado conductas tipificadas en la ley penal, ‘aunque no se den los otros elementos de la responsabilidad penal’[38]; (ii) se podrá revocar unilateralmente el acto propio cuando éste sea fruto de silencio administrativo positivo de acuerdo al artículo 73 del Código Contencioso Administrativo; (iii) la Administración deberá acudir directa e indefectiblemente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo si no identifican en el acto que las irregularidades o anomalías constituyen conductas tipificadas en la ley penal”

Entonces, el ordenamiento jurídico colombiano sí proscribe que la administración pública revoque de manera unilateral y directa, sin el consentimiento previo del beneficiario, actos administrativos de carácter particular y contenido concreto, que conceden prestaciones económicas periódicas o pensiones.

Así, en varias oportunidades, han sido tutelados derechos fundamentales de a quienes la administración revocó actos mediante los cuales se les concedía pensión, pues o no se cumplió el debido proceso administrativo, o no se probó una manifiesta ilegalidad que originara el derecho revocado (cfr. T-336 de julio 15 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-450 de junio 6 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-214 de marzo 8 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-567 de mayo 26 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-776 de agosto 11 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-494 de julio 23 de 2009, M. P. Nilson Elías Pinilla Pinilla y T-066 de febrero 4 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Todas estas razones expuestas en precedencia me condujeron a salvar mi voto, como ahora comedidamente reitero por escrito.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

[1] Folio 119 del expediente de tutela.

[2] Según lo informó el 23 de abril de 2012 el titular del despacho judicial telefónicamente a la Sala de Revisión.

[3] En el expediente T-3.058.099 en la acción de tutela incoada por Henry Hernán Bolívar Curtidor.

[4] En el expediente T-3.199.436, en la acción de tutela a la que acudió Carlos Jesús Montaña Ibarra, invocó la protección de los cuatro derechos fundamentales mencionados.

[5] Se afirma que al señor Bolívar Curtidor el 6 de julio de 2007 se le envió por correspondencia el auto de apertura a la dirección registrada en su historia laboral y en los datos que lleva el consorcio FOPEP, dado que manifestó no residir en el país y suministró una dirección en Bogotá para efecto de notificaciones. Se manifiesta igualmente que al señor Montaña Ibarra se le comunicó del inicio de la actuación haciéndole saber que podía intervenir dentro de la misma, sin que se indique la fecha y el oficio a través del que se surtió dicho trámite.

[6] Según el Acuerdo número 016 de 1990, aprobado por el Decreto 287 de 1991, emitido por el Gobierno Nacional y en el que se especificó que los asistentes de la Oficina Principal de la empresa Puertos de Colombia son empleados públicos.

[7] Se agrega que dentro de los valores devengados en su salario se incluyeron “gastos de representación”, factor que solo se reconoce y paga a los empleados públicos, categoría a la que pertenecía el señor Bolívar Curtidor por haberlo determinado así la Junta Directiva de una empresa industrial y comercial del Estado, como lo fue Puertos de Colombia, en razón de una reforma a sus estatutos, luego aprobada por el Gobierno Nacional, de conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 26 del Decreto No. 1050 de 1968.

[8] De conformidad con el Acuerdo de la Junta Directiva de Foncolpuertos, número 016 de 1990, aprobado por el Decreto número 287 del 28 de enero de 1991. En ese mismo sentido es el contenido del artículo 38 del Acuerdo número 857 del 4 de mayo de 1981 (Estatutos de la empresa), modificado por el Acuerdo 0016 del 9 de octubre de 1990. (Folios 16 y 17

del cuaderno 1 del expediente de tutela).

[9] A folio 17 del expediente en el que aparece la Resolución número 001694 del 25 de noviembre de 2008, se afirma que la Directora de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República, informó que “revisados los archivos de esa entidad, no se encontró información del señor MONTAÑO IBARRA, como funcionario de la Contraloría General de la República”, por lo que no se procedió a verificar esa circunstancia, habida cuenta que sumados los tiempos, en todo caso, no alcanzaría los 20 años oficiales requeridos para acceder al derecho pensional.

[10] En ese sentido, se aduce que el gerente general no estaba autorizado para crear y fijar tales requisitos, que el acuerdo mediante el cual lo hizo no fue aprobado por el Gobierno Nacional mediante decreto, siendo, entonces, “ineficaz de pleno derecho” y que, “en el fondo, no hizo otra cosa que aplicar a su acomodo, beneficios derivados de las Convenciones Colectivas de Trabajo a los empleados públicos”, lo que es ilegal, según jurisprudencia del Consejo de Estado y se evidencia aún más si se tiene en cuenta que los empleados oficiales así pensionados les otorgó el derecho “a los servicios médico-asistenciales establecidos para los demás pensionados de la empresa”.

[11] En el recurso incoado por el señor Bolívar Curtidor.

[12] Argumento esgrimido por el señor Bolívar Curtidor.

[13] Señor Bolívar Curtidor.

[14] Según el acta individual de reparto, la acción de tutela fue radicada el 10 de mayo de 2011 (folio 136 del cuaderno 1 del expediente de tutela).

[15] Sobre la procedencia de la acción de tutela en procesos instaurados en contra del Grupo Interno para la Gestión del Pasivo de Puertos de Colombia, puede consultarse la Sentencia T-344 de 2010.

[16] Cfr. Sentencia T-277 de 2010.

[17] Esta distinción, efectuada en la Sentencia C-835 de 2003 ha sido destacada en Sentencia de 16 de abril de 2009, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda,

Subsección B y radicado bajo el número 50001-23-31-000-2003-00372-02(0492-06).

[18] Puede verse la Sentencia T494 de 2009.

[19] Cfr. Sentencia C-835 de 2003.

[20]Ibídem.

[21]Ibídem.

[22]Ibídem.

[23] La cita es de la Sentencia C-672 de 2001.

[24]Ibídem.

[25] Cfr. Sentencia C-835 de 2003.

[26] Consúltese la Sentencia T-347 de 1994.

[27] Cfr. Sentencia C-835 de 2003.

[28] El apartado entre comillas, fue sostenido por el apoderado del señor Bolívar Curtidor.

[29] Este argumento se adujo al resolver el recursos de apelación incoado por el apoderado del señor Bolívar Curtidor.

[30] Este argumento fue similar al resolverse los recursos de apelación incoados contra los actos de revocatoria directa de los actos administrativos que reconocieron las pensiones a los demandantes.

[31] Cfr. Sentencia C-835 de 2003.

[32] Cfr. Sentencia C-672 de 2001.

[33] “ARTÍCULO 413. PREVARICATO POR ACCIÓN. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá... ”

[34] Decreto 01 de enero 2 de 1984, vigente hasta julio 2 de este año, que empero se cita, por ser pertinente en este caso.

[35] T-344 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[36] Recuérdese el clásico aforismo latino según el cual *fraus omnia corrumpit* (el fraude todo lo corrompe), que ha sido referenciado por esta Corte en diversas situaciones. Cfr. sentencias SU-1122 de octubre 25 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; C-333 de mayo 12 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla y T-218 de marzo 20 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, entre otras.

[37] C-672 de junio 28 de 2001, M. P. Alvaro Tafur Galvis.

[38] “Sentencia C- 835 de 2003, fundamento jurídico número 4. “