

Sentencia T-674/11

ACTO PARTICULAR Y CONCRETO DE RECONOCIMIENTO DE PENSION-Revocación directa y sin consentimiento del beneficiario

REVOCATORIA DIRECTA DE PENSION-Comportamiento desplegado para su obtención debe estar tipificado en la ley penal como delito

REVOCATORIA DIRECTA DE RECONOCIMIENTO DE PENSION SIN CONSENTIMIENTO DEL BENEFICIARIO-Prohibición

PENSION POR APORTES Y PENSION DE VEJEZ-Incompatibilidad según Decreto 2709/94

DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE DOCENTE-Se Deja sin efecto revocatoria de reconocimiento de pensión de vejez

ACCION DE TUTELA DE DOCENTE CONTRA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL-Pago de mesadas pensionales

Referencia: expediente T-3001390

Acción de tutela interpuesta por Héctor Januario Romero Díaz contra el Fondo Pensional - Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil once (2011)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA1

I. ANTECEDENTES

El señor Héctor Januario Romero Díaz, quien actualmente recibe una pensión a cargo del ISS,² instauró acción de tutela contra la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia porque esta le revocó directamente, y sin su consentimiento, una 'pensión de vejez' que le había reconocido como docente de dicho plantel educativo, por un valor de un millón cuatrocientos cuarenta y dos mil setecientos un pesos (\$1'442.701.00), bajo el argumento de que la percepción simultánea de las dos pensiones violaba la prohibición constitucional de recibir doble asignación del tesoro público (art. 128, C.P.). El señor Héctor Januario Romero Díaz considera que con su proceder, la Caja de Previsión Social de la Universidad le violó sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital y móvil, y a su protección como persona de la tercera edad pues cuenta con sesenta y cuatro (64) años de edad.

Hechos

1. El señor Héctor Januario Romero le solicitó a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia el reconocimiento de su pensión de vejez, y en su solicitud manifestó "bajo la gravedad de juramento" que el Instituto de Seguros Sociales le había reconocido, previamente, una "pensión especial como Consejero de Estado", la cual empezaría a percibir una vez se retirara de su cargo. Asimismo dijo:

"[n]o existe ninguna incompatibilidad constitucional ni legal entre la pensión que me reconoció el ISS y la que solicito a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional, como lo ha establecido la jurisprudencia nacional.

En efecto, en sentencia de 14 de febrero de 2005 la Corte Suprema de Justicia dijo:

"[...] la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública [...]" [Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia de 14 de febrero de 2005 M.P. doctor Luis Javier Osorio López, Rad. 24062]

Precisó que en otras providencias: "[...] La Constitución [...] señala las entidades que contribuyen a conformar el Tesoro Público: la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas, dentro de las que está comprendido el Instituto de Seguros Sociales [...] por su carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, e integran el

tesoro con los bienes y valores que sean propios de cada una de ellas; como las reservas pensionales con las que el Instituto cubre el valor de la pensión de vejez, no son de su propiedad, sino que son sólo administradas por él, no hacen parte del tesoro público” [Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, sentencias de 27 de febrero de 2003, Rad. 19508 y de 6 de junio de 2003, M.P. doctor Eduardo López Villegas, Rad. 20271]”. 3

2. Como respuesta a su solicitud, la Caja de Previsión Social le concedió la pensión de vejez. Mediante Resolución CPS 0425 de 2008, resolvió reconocerle “al docente HECTOR JANUARIO ROMERO DÍAZ [...] una pensión mensual vitalicia de vejez en cuantía [de] UN MILLÓN CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS UN PESOS M.L. \$1.442.701.00 efectiva a partir del retiro del servicio demostrado con copia de la resolución correspondiente”.⁴ No obstante, por medio de la comunicación CPS-0807 del dieciséis (16) de junio de dos mil diez (2010), la Oficina de Prestaciones Económicas de la Caja de Previsión Social le solicitó al señor Romero Díaz su consentimiento expreso para revocar la Resolución CPS 0425 de 2008, mediante la cual se le reconoció pensión de vejez. La razón para ello era, en síntesis, que el hoy tutelante no podía recibir al mismo tiempo una pensión por aportes y la pensión de vejez que le reconoció la Universidad, por cuanto ello suponía quebrantar la prohibición constitucional de “recibir más de una asignación que provenga del tesoro público” (art. 128, C.P.). La solicitud, y las razones de la misma, fueron expuestas de la siguiente forma:

“[d]e manera atenta, y en cumplimiento del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, le solicitamos su consentimiento expreso y escrito para revocar la Resolución CPS 0425 del 19 de diciembre de 2008, por medio de la cual esta Caja reconoció a su favor la pensión de vejez [...].

Lo anterior, teniendo en cuenta la incompatibilidad existente entre la pensión reconocida por esta Caja de Previsión a través de la resolución CPS-0039 del 3 de marzo de 2010 y la reconocida por el Seguro Social mediante Resolución 047106 de 10 de noviembre de 2006, la cual se evidenció cuando usted el pasado 1° de junio, hizo entrega de esta última resolución, donde consta que la pensión fue reconocida en aplicación de la Ley 71 de 19[8]8, norma que permite acumular tiempos cotizados al Seguro Social con tiempos acreditados como servidor público, en este caso ante la Secretaría de Educación Distrital, entidad concurrente en el pago de la prestación.

En este orden de ideas, se debe tener presente que el artículo 2° de la resolución 047106 del 10 de noviembre de 2006, dispone que la pensión reconocida es incompatible con la percepción de otras asignaciones del erario público, en desarrollo del artículo 128 de la Constitución Política, que señala que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

En su caso particular no se encuentra norma exceptiva que permita disfrutar simultáneamente las dos pensiones, por el contrario, el artículo 3° del Decreto 2709 de 1994 de manera expresa señala la incompatibilidad aquí expuesta, cuando reza: “[l]a pensión de jubilación por aportes es incompatible con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y retiro por vejez. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas”.⁵

3. En vista de que el señor Romero Díaz no respondió la comunicación, y no prestó tampoco su consentimiento, el Fondo Pensional de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia expidió la Resolución CPS 0246 del quince (15) de julio de dos mil diez (2010), por medio de la cual le revocó la pensión de vejez. Como sustento de su decisión, la Caja adujo que había sido inducida a error por el hoy tutelante, pues este inicialmente –según la CPS- le “hizo creer [...] que el Seguro Social le había reconocido una pensión de acuerdo al régimen aplicable a los magistrados de las altas cortes y únicamente por aportes realizados por su vinculación a la rama judicial como Consejero de Estado”. No obstante, luego de que el peticionario hubiera allegado la Resolución mediante la cual el ISS le reconoció la pensión de jubilación, la CPS dijo haber descubierto que se trataba de una pensión por aportes, y en consecuencia consideró que el señor Romero Díaz recibía doble asignación del Tesoro Público, a título de pensión. Por eso, como fundamentos de su Resolución, expuso los siguientes:

“el 1° de junio de 2010, por solicitud verbal de esta Caja, el profesor Romero allegó copia de la Resolución 047106 del 10 de noviembre de 2006 expedida por el Seguro Social, donde se encontró que contrario a lo manifestado por el profesor Romero, la pensión reconocida por el Seguro Social no es una pensión por tiempos cotizados exclusivamente por su relación con la rama judicial, sino una pensión de jubilación por aportes regulada por la Ley 71 de 1998, prestación en la que, además del tiempo cotizado al Seguro Social se incluyó el tiempo cotizado a la Secretaría de Educación Distrital, entidad pública que concurre en la

financiación de la pensión.

Así las cosas, es claro que la pensión reconocida por el Seguro Social al profesor Romero [...] es una pensión por aportes en la que concurre una entidad pública, la Secretaría de Educación Distrital, es decir, es una pensión que se financia con dineros del erario público, siendo entonces incompatible con cualquier otra asignación proveniente de la misma fuente.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Nacional, nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, salvo los casos expresamente determinados en la ley. [Y e]n materia pensional, la norma legal que de manera específica desarrolla esta prohibición constitucional es el Decreto 2709 de 1994 reglamentario de la Ley 71 de 1988, que en su artículo 3° señala:

‘Artículo 3°. INCOPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES. La pensión de jubilación por aportes es incompatible con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y retiro por vejez. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ambas’.

4. En cuanto a la procedibilidad de la revocatoria directa de una pensión, la Caja de Previsión Social estimó que en este caso estaban dadas todas las condiciones para ello, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, y la sentencia C-835 de 2003 que estudio su constitucionalidad. Primero, dijo que había respetado el debido proceso del afectado, pues le solicitó su consentimiento, le expuso las razones que tenía para ello y le dio un término amplio para que se pronunciara. Pero en vista de que no lo prestó, procedió a revocarla. Y esta última actuación cree que es lícita, por cuanto de un lado la pensión por aportes era incompatible con la pensión de vejez, y de otro porque si en algún momento la Caja de Previsión Social le asignó al señor Romero Díaz la pensión de vejez, fue debido a que en criterio de la Caja, éste cometió un comportamiento típico del delito de falso testimonio, tal y como está dispuesto en el Código Penal vigente. Pues, en concepto del ente demandado, el “profesor Romero” manifestó bajo la gravedad de juramento que el Seguro Social “le había reconocido una pensión por sus servicios como Consejero de Estado” y adicionalmente “manifestó que no existía ninguna incompatibilidad constitucional ni legal ente la pensión del Seguro Social y la que estaba solicitando por su tiempo servido a la Universidad”. 7

5. Inconforme con esa decisión, el hoy tutelante instauró oportunamente un recurso de reposición. En él, solicitó la revocatoria de la resolución CPS 0246 del quince (15) de julio de dos mil diez (2010), que a su vez le había revocado la pensión de vejez. Como fundamento principal de su petición, el señor Romero Díaz hizo valer que la Resolución no respetó su derecho al debido proceso, porque según su entendimiento de la sentencia C-835 de 2003, que condicionó la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, las pensiones reconocidas sólo pueden revocarse directamente y sin consentimiento del titular, cuando se demuestra que ha habido un incumplimiento de requisitos que “está tipificado como delito, debidamente comprobado”. Sin embargo, en su criterio en este caso esa causal no estaba configurada, porque no es cierto que hubiera prestado falso testimonio. Según él, la pensión que le fue reconocida por el ISS no es incompatible con la pensión de vejez que la CPS le reconoció y luego revocó, pues no es verdad que se trate de dos asignaciones provenientes del tesoro público. Para demostrarlo, citó entre muchas otras, una sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la cual esa Corporación sostuvo:

“[...] Si el accionado consideraba que la prestación económica reconocida al actor quebrantaba lo dispuesto en el artículo 128 de la Carta, debía solicitar al interesado su consentimiento para revocar la prestación irregular. Agotada esta posibilidad sin obtener el resultado esperado, a la Administración no le quedaba más remedio que acudir a la jurisdicción competente para obtener el pronunciamiento judicial respectivo. Por lo tanto, no le era dable utilizar una suspensión provisional ‘sui generis’ para frenar el pago de la pensión, so pretexto de consultar el sentido y alcance del texto constitucional.

Hasta tanto el juez ordinario se pronuncie de forma definitiva sobre la controversia, al titular de la pensión se le deben continuar pagando sin solución de continuidad las mesadas o sumas que se causen”.⁸

6. No obstante, la CPS decidió confirmar su decisión original, en la Resolución CPS 0364 del once (11) de octubre de dos mil diez (2010). En la parte motiva de esta decisión, la CPS dividió sus consideraciones en cuatro apartados: (i) sobre la supuesta violación del debido proceso, (ii) sobre la incompatibilidad entre la pensión de vejez que le reconoció la Universidad, y la pensión que le había reconocido previamente el ISS, (iii) sobre la inconsistencia en la resolución de revocatoria y (iv) sobre las cotizaciones que se hicieron valer para la pensión del ISS. A continuación la Sala sintetizará cada uno de estos puntos.

(i) Para empezar, manifestó que la revocatoria había sido fruto de un procedimiento ajustado a la Ley y a la Constitución. Dijo que la Ley 797 de 2003, en su artículo 19, lo mismo que la sentencia C-835 de 2003, que estudió su constitucionalidad, definen como posible la revocatoria directa de una pensión sin consentimiento del particular beneficiado con la misma, siempre que se produzca por el incumplimiento de los requisitos, y ese incumplimiento esté tipificado en la Ley como delito. Y, según la CPS, en el caso del tutelante así sustentó la concurrencia de un comportamiento típico:

“[el] fundamento de la revocatoria fue la existencia del falso testimonio del señor Romero ya que faltó a la verdad cuando afirmó que no existía ninguna incompatibilidad constitucional ni legal entre la pensión que le reconoció el ISS y la que solicitaba a la Universidad Nacional, afirmación que desconoció la incompatibilidad descrita en el artículo 3° del Decreto 2709 de 1994 y la que advertía el artículo 2° de la Resolución 047106 del 10 de noviembre de 2006, emitida por el ISS, la cual obviamente era conocida por el señor Romero al hacer la declaración juramentada, pues por medio de dicha resolución el ISS le había reconocido la primera pensión en aplicación de la Ley 71 de 1988 acumuló tiempos acreditados como servidor público no cotizados al ISS, prestados en la secretaría de Educación Distrital durante más de 12 años y en la Corte Suprema de Justicia durante otros 3 años, según consta en la respectiva resolución de cumplimiento”. 9

(ii) En segundo lugar, dijo que la pensión de vejez reconocida por la Universidad resultaba incompatible con la que previamente le había reconocido el ISS, y que el señor Romero no reparaba en que se trataba de dos clases de pensiones incompatibles. Porque, según la CPS, la pensión por aportes, creada mediante la Ley 71 de 1988, permitía acumular las cotizaciones hechas al ISS, con tiempos laborados en entidades públicas no cotizantes al ISS. Y esa pensión se financia no sólo con las cotizaciones o aportes hechos al ISS, sino en parte también con dineros de las entidades públicas no cotizantes al ISS, como en este caso la Secretaría de Educación Distrital. Por tanto, una persona no puede disfrutar al mismo tiempo de esa pensión y de una pensión de vejez, porque por lo demás ambas pretenden amparar a la persona de las contingencias de la vejez, y la Sección Segunda del Consejo de Estado dijo, en sentencia del cuatro (04) de febrero de dos mil diez (2010) que esa circunstancia era contraria a la ley. Para demostrarlo citó el siguiente párrafo:

“a partir de la Ley 100 de 1993, por tratarse de un sistema integral y único, el sistema no

admite que un pensionado por vejez reciba otra pensión también de vejez”.¹⁰

(iii) En tercer lugar, la CPS reconoció una inconsistencia en su Resolución revocatoria, pues dijo en ella que el señor Romero Díaz había recibido una pensión por tiempos “cotizados exclusivamente por su relación con la Rama Judicial”,¹¹ cuando en realidad no es así. Dado que en ese punto hubo un error, la CPS lo reconoce, aunque aclara que incurrió en él debido a una afirmación del hoy tutelante, quien manifestó que la pensión por aportes reconocida por el ISS era una “pensión especial” que le había reconocido el Instituto “como Consejero de Estado”.¹²

(iv) Finalmente, la Caja de Previsión Social aduce que es cierto lo que plantea el señor Romero Díaz, en el sentido de que la pensión que le fue reconocida por el ISS no fue producto de las cotizaciones que hizo su empleador mientras fue docente de la Universidad Nacional de Colombia. Sin embargo, dice que eso demuestra la incompatibilidad entre ambas pensiones, y lo sustenta en que la pensión de vejez reconocida por la Universidad Nacional se fundamenta en la Ley 33 de 1985, la cual le permite a la autoridad que reconoce la pensión acudir ante las demás entidades públicas para que concurren en el pago de la pensión por medio de cuotas partes, establecidas de conformidad con la misma Ley. Pero en caso de que alguien no tenga derecho a pensionarse con arreglo a la Ley 33 de 1985, puede obtener su pensión con fundamento en la pensión por aportes, regulada en la Ley 71 de 1988, que fue justamente la que el ISS le reconoció al hoy demandante. No obstante, la CPS admite que las pensiones actualmente percibidas por el señor Héctor Januario Romero, podrían ser compatibles en un caso:

“si la pensión reconocida por el ISS solo dependiera de cotizaciones efectivamente realizadas al ISS y que la pensión reconocida en función de la Ley 33 de 1985 incluyera todos los tiempos prestados a entidades públicas no cotizantes al ISS, lo cual no ocurre, ya que la pensión del ISS tiene una participación directa del erario público por los más de 12 años servidos ante la Secretaría de educación Distrital y los 3 años ante la Corte Suprema de Justicia”.¹³

Fundamentos y solicitud de tutela

7. En su acción de tutela, el señor Héctor Januario Romero Díaz expresó su desacuerdo jurídico con la actuación de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional,¹⁴ en los

siguientes seis apartados:

(i) El primero lo dedica a exponer el por qué en su criterio la pensión de vejez no podía ser revocada sin su consentimiento. Desde su punto de vista, la Resolución CPS 0246 de 2010 no es conforme a la Ley ni a la Constitución, porque revocó sin su consentimiento la pensión de vejez que previamente le había reconocido la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional. Precisa que la revocatoria de un acto particular y concreto, en el cual se le adjudica un derecho pensional a una persona, sin el consentimiento de esta última, sólo es posible cuando se da alguna de las siguientes dos circunstancias especificadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-835 de 2003, que condicionó la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 797 de 2003: a) que el pensionado no cumpla los requisitos, y ese incumplimiento de requisitos esté tipificado en la ley como delito, o b) que el reconocimiento haya sido fruto de un documento falso, siempre y cuando la conducta esté tipificada también como delito. Sin embargo, desde su perspectiva, ninguna de esas dos condiciones está presente en su caso.

(ii) El segundo aparte, el actor lo reserva para manifestar por qué la pensión de vejez no es incompatible con la pensión que le reconoció el ISS. Y en ese fragmento de su demanda, se limita a citar segmentos de jurisprudencia, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, aunque sin señalar a propósito de qué casos fueron formulados, y sin exponer por qué son válidos para este proceso de tutela. Y luego concluye su exposición de fragmentos de jurisprudencia de la siguiente manera:

“fluye de todo lo expuesto [...] que la pensión reconocida por la CPS es compatible con la del ISS, dado que ésta no se deriva de recursos del tesoro público, en virtud de que el dinero por aportes o cuotas partes que haya hecho una entidad del estado, dada su naturaleza parafiscal para pensiones, no es público. Luego, mi doble pensión no contraviene el artículo 128 de la Constitución Política, en consecuencia, tampoco el artículo 3 del decreto 2709 de 1994, invocado por la CPS en la aludida Resolución. Este decreto está inspirado en el hecho de que una y otra pensión tengan como origen en asignaciones del tesoro público, conforme al precepto constitucional, pero como queda claro con la abundante jurisprudencia citada, los dineros, bien sea que provengan de una entidad pública o de sector privado, en ningún caso son tesoro público, por lo cual no existe la doble asignación del tesoro público a que se refiere el artículo 128 de la Constitución Política”.¹⁵

(iii) En el tercer apartado, el señor Romero Díaz dice que las cotizaciones tenidas en cuenta por el ISS para reconocerle su pensión, eran diferentes a las tomadas en consideración por la Universidad Nacional para reconocerle, por su parte, el derecho a la pensión de vejez.

(iv) En el cuarto capítulo de su acción, el peticionario dice que su derecho al mínimo vital se encuentra afectado como consecuencia de la decisión adoptada por la CPS. Porque, según las cuentas que realiza, sus gastos mensuales y los de su familia podía sufragarlos suficientemente mientras devengaba el sueldo de Consejero de Estado y de profesor universitario, e incluso mientras recibía las dos pensiones. Pero luego de que se le dejó de pagar la pensión universitaria, ha tenido dificultades para para costear “con suficiencia” sus obligaciones, teniendo en cuenta su “estatus, calidad de vida, [...] salud y [...] condición social”.

Respuesta de la entidad demandada

8. La Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia intervino en el proceso para solicitar que se niegue la tutela. Como fundamentos de su solicitud expuso los siguientes.

8.1. Primero dijo que de acuerdo con la sentencia C-835 de 2003 y el artículo 19 de la Ley 797 de ese mismo año, los actos administrativos que reconocen pensiones pueden ser revocados sin consentimiento de los beneficiarios de las mismas, siempre y cuando esté demostrado que el incumplimiento de los requisitos es constitutivo de una conducta tipificada en la ley penal como delito. Y, en su criterio, eso fue lo que ocurrió en el caso del señor Romero Díaz. Porque este último, según la CPS, dijo al momento de solicitar la pensión de vejez que la pensión por aportes del ISS no era incompatible con la que estaba a punto de reclamar. Y eso lo manifestó bajo la gravedad de juramento, a pesar de que el Decreto 2709 de 1994 dijera en su artículo 3 que la pensión por aportes es incompatible con otras pensiones y de que en la Resolución en la cual el ISS le reconoció la pensión por aportes se puede leer lo siguiente:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Esta prestación económica es incompatible con la percepción de otras asignaciones o pensiones del erario público”.¹⁶

Así las cosas, en opinión de la CPS la conducta del hoy tutelante se adecúa al tipo penal de

falso testimonio, y por tanto es procedente la revocatoria directa de la Resolución que le reconoció la pensión. Pero, segundo, las dos pensiones que estaba recibiendo el demandante sí son incompatibles, pues se trata de dos pensiones que pretenden amparar a una persona frente a la misma contingencia: la vejez. Y, desde su punto de vista, a partir de la Ley 100 de 1993 son incompatibles dos pensiones que tengan esa misma finalidad. Adicionalmente, la CPS afirma no estar de acuerdo con que al demandante se le viole su derecho al mínimo vital, porque actualmente devenga una mesada pensional equivalente a quince millones ochocientos cincuenta y dos mil trescientos cincuenta y siete pesos (\$15.852.357), y es difícil pensar –según su opinión– que ese dinero “resulte insuficiente para garantizar el mínimo vital, aún dentro de un estilo de vida como el descrito en la acción de tutela”.¹⁷ De hecho, a juicio de la Caja, dado que la Constitución Política contempla hoy por hoy como tope máximo para las pensiones el de veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, es posible asumir que cualquier mesada que supere dicho límite garantiza “de sobra las condiciones para una vida digna y acorde a la congrua subsistencia de la gran mayoría de colombianos”. En consecuencia, como la mesada pensional actual del demandante supera con creces ese tope, no puede concluirse razonablemente que se le viole su derecho al mínimo vital.

Decisiones judiciales que se revisan

9. El Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá, mediante fallo del veintinueve (29) de noviembre de dos mil diez (2010), declaró improcedente en primera instancia el amparo impetrado. Primero, porque el demandante cuenta con otro medio de defensa judicial, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Segundo, porque no está demostrado el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable, ya que no es una persona de la tercera edad.

10. Impugnada la providencia, en segunda instancia la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó, mediante fallo del dos (02) de febrero de dos mil once (2011). Para esta última, lo que debía resolverse en el proceso de tutela no era si la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional podía revocar el acto mediante el cual le reconoció la pensión de vejez, sino si era irrazonable revocarlo y si la revocatoria irrespetó las garantías del debido proceso. Y concluyó que la revocatoria, por una parte, no era irrazonable, pues la Caja advirtió que el señor Romero Díaz manifestó, bajo la gravedad de juramento, que la pensión de vejez no era incompatible con la pensión por aportes que previamente le había reconocido el Seguro Social, a pesar de que sí era en efecto

incompatible. Dado que entendió ese comportamiento como típico de falso testimonio, y debido a que la obtención de la pensión por medios tipificados en la ley penal como delito es una causal de revocatoria directa de actos que reconocen pensiones sin el consentimiento del titular, en este caso era razonable concluir que podía revocarse la Resolución en la cual se le reconoció su derecho a la pensión de vejez sin su consentimiento. Pero, además, aseguró que en el procedimiento administrativo de revocatoria se le había respetado al tutelante su derecho al debido proceso. Por tanto, si lo que pretende el accionante es verificar si la Caja de Previsión Social podía revocar o no su pensión, debe acudir ante la justicia contenciosa, máxime si se tiene en cuenta -dice- que el demandante devenga un ingreso suficiente para satisfacer sus necesidades básicas y por tanto no está en peligro de sufrir un perjuicio irremediable.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Presentación del caso y problema jurídico

1. La Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia le reconoció al señor Héctor Januario Romero Díaz una pensión de vejez. No obstante, luego se la revocó sin su consentimiento por considerar que no cumplía con los requisitos para ello y que si logró obtenerla fue gracias a un supuesto falso testimonio, conducta que está tipificada en la ley penal como delito. Para sustentar su afirmación, en el sentido de que el demandante prestó falso testimonio, la CPS dijo que el señor Romero Díaz manifestó bajo la gravedad de juramento, ante esa entidad, que la pensión de vejez que estaba reclamando no era incompatible con otra "pensión especial", que le había reconocido el ISS "como Consejero de Estado". Sin embargo, esa afirmación es falsa, según la CPS, porque la pensión reconocida por el ISS al demandante es una pensión por aportes, y el artículo 3 del Decreto 2709 de 1994, que reglamenta en parte la pensión por aportes, prohíbe expresamente acumular una pensión por aportes con cualquier otra pensión de vejez. Con lo cual, además, se busca hacer efectivo el artículo 128 de la Constitución, que prohíbe asignarle a una persona más de una

asignación del tesoro público. Pero, por su parte, el tutelante sostiene que su pensión es compatible con la pensión de vejez, razón por la cual su declaración bajo la gravedad de juramento no es constitutiva de ningún comportamiento tipificado en la ley penal como delito.

2. Así las cosas, a la Sala le corresponde decidir el siguiente problema jurídico: ¿viola una entidad administradora de pensiones el derecho al debido proceso de una persona, cuando revoca una pensión sin consentimiento del beneficiario bajo el entendimiento de que fue obtenida por medios ilegales, a pesar de que no sustenta cabalmente que el derecho pensional fue fruto de un comportamiento tipificado en la ley penal como delito? La Sala Primera de Revisión cree que sí, y pasa a sustentar su respuesta.

Los actos particulares y concretos que reconocen pensiones, pueden revocarse directamente y sin consentimiento del beneficiario, cuando esté debidamente probado que fueron obtenidos por medios ilegales tipificados en la ley penal como delito

3. Para revocar directamente la pensión de vejez del señor Héctor Januario Romero Díaz, la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia se basó en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003. Este precepto faculta en ciertos casos a “[l]os representantes legales de las instituciones de Seguridad Social o [a] quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas”, para revocar directamente los actos administrativos que adjudican pensiones, sin consentimiento del beneficiario. Por eso, la Corte Constitucional estima que es de suma importancia precisar hasta qué punto esa facultad es conforme a la Constitución, de acuerdo con lo que ha dicho la jurisprudencia.

4. El artículo 19 de la Ley 797 de 2003 consagraba en su sentido literal un deber de revocar directamente, y sin consentimiento del beneficiario, cualquier acto que reconociera pensiones, en caso de que lograra comprobarse por lo menos una de dos hipótesis: (i) o bien que no se cumplían los requisitos legales y reglamentarios exigidos para ello, (ii) o bien que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa. Como se ve, las hipótesis eran amplias, y configuraban ese deber de un modo general. Por esa razón, la norma fue demandada ante la Corte, y en la sentencia C-835 de 2003,¹⁸ se declaró la exequibilidad de ese precepto, con la condición de que se interpretara de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de ese fallo.

En síntesis, la Corte Constitucional señaló que esas condiciones debían entenderse como requisitos necesarios para cumplir con el deber establecido en la ley, pero no como requerimientos suficientes. Pues, según la Corporación, esa obligación jurídica no surgía sino en casos en los cuales las hipótesis estipuladas en la Ley se adecuaban a un comportamiento tipificado en la ley como delito. Por eso sintetizó el condicionamiento de la siguiente manera:

“[s]ólo bajo estos lineamientos se declarará la exequibilidad condicionada del artículo 19 de la ley 797 de 2003; en el entendido que el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, se refiere siempre a conductas que estén tipificadas como delito por la ley penal”. (subrayas y negrillas fuera del texto).

“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”.

6. Pero, además, en segundo lugar es del caso aclarar que el juicio sobre la tipicidad penal del comportamiento debe estar soportada en evidencias, y no en simples sospechas de fraude. Como lo dijo la Corte en la citada sentencia C-835 de 2003, “la decisión revocatoria, en tanto acto reglado que es, deberá sustentarse [...] en una fundamentación probatoria real, objetiva y trascendente”. Lo cual significa que la revocación unilateral no procede, a menos que se trate de una abrupta, abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada, cuya persistencia implique grave y actual quebranto al orden jurídico.¹⁹ Pero, esa conclusión sólo es válida si además previamente la administración le ha respetado al beneficiario de la pensión, todas las garantías propias del debido proceso administrativo, referidas de la siguiente manera por la Corte en la sentencia de constitucionalidad del artículo 19, Ley 797 de 2003, antes referida:

“[d]esde luego 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. Vale

decir, con referencia al artículo 19 acusado el acto administrativo por el cual se declara la revocatoria directa de una prestación económica, deberá ser la consecuencia lógica y jurídica de un procedimiento surtido con arreglo a los artículos 74, 28, 14, 34 y 35 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. Pero en todo caso, salvaguardando el debido proceso. Igualmente, mientras se adelanta el correspondiente procedimiento administrativo se le debe continuar pagando al titular -o a los causahabientes- de la pensión o prestación económica las mesadas o sumas que se causen, esto es, sin solución de continuidad. Y 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. Es decir, la carga de la prueba corre a cargo de la Administración”.

7. Ciertamente, en algunos casos la administración también puede revocar directamente una pensión, sin consentimiento del particular, si una autoridad judicial o con funciones jurisdiccionales (art. 116, C.P.) ordena su suspensión, que es equivalente a una revocatoria, o emite un acto luego de un procedimiento con suficientes garantías, a partir del cual se puede concluir que el comportamiento por medio del cual fue obtenida la pensión está tipificado en la ley penal como delito. De hecho, así lo ha entendido no solamente esta Corte,²⁰ sino también la Sección Segunda del Consejo de Estado, por ejemplo, en la sentencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010). En esta última ocasión, el “Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo” (art. 137-1, C.P.), decidió negar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra un acto de revocatoria de una pensión sin consentimiento de su titular, por cuanto consideró que como la Fiscalía no precluyó la investigación por un comportamiento asociado a la pensión, la revocatoria unilateral estaba justificada:

“la aplicación de la potestad revocatoria conferida por el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, resulta inconstitucional cuando se utiliza por posibles falencias formales de los actos, problemas de interpretación del derecho y/o aparentes o presuntos vicios de ilegalidad, pues las controversias sobre estos tres supuestos son competencia exclusiva de los jueces, quienes definen en últimas la legalidad de todos los actos particulares y concretos, cuyos titulares no consintieron su revocatoria.

Por el contrario, habrá que decir sobre la aplicabilidad de [e]sta medida excepcionalísima sin el consentimiento del pensionado, que en nada contraria la Constitución cuando se utiliza para revocar actos abiertamente ilegales como consecuencia de una posible conducta delictiva, esto es, una acción u omisión encuadrada en cualquier tipo penal (tipicidad). En tales casos afirmó el Juez Constitucional, “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,....”

Conforme a las pruebas del proceso sí encuentra la Sala que la motivación de la revocatoria fue la tipificación de una conducta, situación que cobró aún mayor justificación con lo resuelto en la etapa investigativa penal iniciada con ocasión de la actuación administrativa, cuando la Fiscalía General de la Nación no precluyó la investigación, dejando tipificado el delito de estafa, tal y como lo reconoce la misma parte actora en los hechos sucintos de la demanda”.²¹

8. Por consiguiente, la Sala reitera que la revocatoria directa, y sin consentimiento del beneficiario, de un acto por medio del cual se reconoce una pensión está en principio prohibida. Por lo cual, aun cuando la pensión sea al parecer ilegal o inconstitucional, el derecho al debido proceso administrativo (art. 29, C.P.) y la garantía de los derechos adquiridos (art. 58, C.P.) prohíben revocarla directamente sin consentimiento del titular, si no hay evidencia probada de fraude. Así lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia T-830 de 2004, al examinar la tutela instaurada por una persona a la cual le habían revocado una pensión:²²

“[d]e la jurisprudencia hasta aquí reseñada, es posible extraer algunas conclusiones: (i) la revocatoria directa del acto propio de la administración está, en principio, proscrita de nuestro ordenamiento jurídico, en atención a los mandatos superiores de buena fe, lealtad y seguridad jurídica; (ii) la revocatoria directa, dadas ciertas circunstancias, atenta contra los derechos fundamentales del administrado y es controvertible, de manera excepcional, por vía de la acción de tutela; (iii) el ordenamiento jurídico colombiano contempla 2 excepciones a la regla prescrita en el numeral (i) es decir, hipótesis en las cuales puede darse una revocatoria directa constitucional sin consentimiento del administrado: a) cuando la situación subjetiva consolidada fue producto del silencio administrativo positivo, b) cuando fue producto de maniobras evidente y probadamente fraudulentas, violando la Constitución y la

ley. Del punto b), es posible inferir que la ilegalidad que generó el nacimiento a la vida jurídica del derecho subjetivo no puede presumirse, y que la revocatoria directa no puede fungir como medida cautelar ante la mera sospecha de fraude. (iv) Si la obtención del beneficio económico o pensional no es evidentemente ilegal, la administración asume la carga de la prueba, y no puede decretar una abstención de pagos hasta tanto haya sido acreditado en el contexto de un debido proceso administrativo el dolo del beneficiario”.

9. En este caso la Sala no está convencida de que la Caja de Previsión Social hubiera estado autorizada para revocar directamente la pensión de vejez del señor Héctor Januario Romero Díaz, sin contar con su consentimiento. Por el contrario, estima que no podía hacerlo porque no hay evidencias de que estén dadas las condiciones para ello, establecidas en la Constitución, la ley y la jurisprudencia antes mencionadas. En específico, se echan de menos pruebas suficientes de que el señor Héctor J. Romero hubiera obtenido el reconocimiento de su pensión de vejez, a causa de un comportamiento tipificado en la ley penal como delito, que es la causal en la cual se basó la CPS para justificar la revocatoria de la pensión, ya que argumenta que el señor Romero incurrió en el delito de falso testimonio, que hace consistir en que manifestó bajo la gravedad de juramento que el Seguro Social le había reconocido una pensión como Consejero de Estado y afirmó que no existía ninguna incompatibilidad constitucional, ni legal entre la pensión del Seguro Social y la que solicitaba se le reconociera por el tiempo servido a la universidad como docente.

Como tal afirmación no constituye en sí misma una conducta que pueda tipificarse como delito porque conlleva diferentes interpretaciones de un tema y un texto legal, estima la Sala que la Caja debió acudir a la jurisdicción contenciosa para pedir la nulidad de su propio acto y de estimarlo procedente recurrir a las demás autoridades competentes para investigar la conducta del docente.

10. Aunque la Sala advierte que la Caja de Previsión Social expuso con suficiencia porque en su criterio el señor Héctor Romero no tiene derecho a recibir de manera simultáneamente una pensión por aportes y una pensión de vejez. De hecho, estima que sus conclusiones no son arbitrarias, ni responden a un entendimiento irrazonable del ordenamiento jurídico, en ese punto. En concreto, constata que hay un aspecto de la controversia pensional sobre el cual sin duda tendrán que pronunciarse los jueces competentes, y es el que se relaciona con el contenido del artículo 3°, Decreto 2709 de 1994, que señala de manera expresa la

incompatibilidad entre la pensión por aportes y la de vejez.²³

Y no solo deberá la jurisdicción competente pronunciarse sobre este punto, sino que además la CPS manifiesta que la pensión de vejez y la pensión por aportes son dos asignaciones en las cuales están comprometidos dineros provenientes del tesoro público, razón por la cual se desconoce de un lado el artículo 128 de la Constitución, y de otro el artículo 2° de la Resolución 047106 del diez (10) de noviembre de dos mil seis (2006), por medio de la cual el ISS le reconoció la pensión por aportes, pues dijo expresamente que esa prestación económica es “incompatible con la percepción de otras asignaciones o pensiones del erario público”.

11. No obstante, la CPS era consciente de que aunque estimara ilegal la pensión, esta no era una razón suficiente para autorizar la revocatoria directa de la misma, sin consentimiento de su titular. Porque la alegación de que el pago de una pensión supone contradecir el artículo 128 de la Carta, o la de que una manifestación bajo la gravedad del juramento, sobre un aspecto que puede ser objeto de interpretación, se tipifica como falso testimonio, no bastan para justificar la revocatoria unilateral no consentida de la misma, como lo han reconocido la jurisprudencia de esta Corte²⁴ y la del Consejo de Estado.²⁵ Era indispensable también que la CPS, luego de un proceso con todas las garantías, hubiera obtenido evidencias de que la pensión se logró a causa de un comportamiento tipificado en la ley penal como delito. Y esta Sala cree que la CPS no pudo demostrar con suficiencia este último punto.

12. La Sala advierte que en el razonamiento de la Caja de Previsión Social de la universidad contiene una afirmación que en principio parte de la base de asumir que el señor Romero Díaz sabía la verdad, y que faltó a ella o la calló total o parcialmente, sin ofrecer evidencias de ello. Porque aducir que una persona incurre en el comportamiento típico de falso testimonio, es tanto como afirmar que mintió o engañó a la administración pública.²⁶ Y esas evidencias eran necesarias, porque al manifestar bajo la gravedad de juramento que su pensión por aportes no era incompatible con la pensión de vejez, es posible que el señor Romero Díaz hubiera tenido de buena fe otra interpretación del derecho aplicable.

13. Por consiguiente del hecho de que la Caja de Previsión Social de la Universidad hubiera realizado un estudio, a partir del cual concluyó que la pensión por aportes y la pensión de vejez son incompatibles, y del hecho de que el hoy tutelante hubiera afirmado bajo la

gravedad de juramento que esas dos asignaciones sí eran compatibles, no se desprende necesariamente que este último hubiera cometido una conducta típica de falso testimonio. Primero, porque si bien la conclusión de la Caja puede ser acertada, no hay evidencias de que el señor Romero hubiera tenido conocimiento de ella y hubiera mentido al respecto. Y segundo, porque la conclusión de la Caja puede no ser acertada, asunto que sin duda debe resolver el juez competente, cuando aquella provoque un pronunciamiento en ejercicio de la acción de lesividad, que es el medio jurídico apropiado para solicitar que la Resolución CPS 0425 de 2008 a favor del señor Héctor Januario Romero Díaz, quede sin efecto.

15. Esta decisión es procedente en un espacio de tutela, porque aun cuando formalmente el demandante cuenta con otro medio de defensa judicial, exigirle que sea él quien demande el acto de revocatoria ante la justicia contenciosa administrativa, es trastocar la distribución de cargas que han establecido la Ley y la jurisprudencia de esta Corte. Porque estas últimas han dicho que cuando no estén dadas las condiciones para revocar una pensión sin consentimiento del titular, el único modo de dejarla sin efecto es por la demanda del acto mediante una acción de lesividad ante la justicia administrativa. En un contexto de esa naturaleza, no puede decirse que el actor cuente con otro medio de defensa judicial eficaz, y así lo ha reconocido la Corte por ejemplo en la sentencia T-460 de 2007,²⁷ al concederle la tutela a una persona a la cual le habían revocado directamente una pensión sin su consentimiento:

“[i]gualmente, en los casos en que la administración revoca actos particulares y concretos en contra de un individuo, sin que medie su consentimiento, resulta evidente que el afectado no puede ser el llamado a ejercer las acciones correspondientes ante la jurisdicción contenciosa, porque eso significaría que los errores de la administración prevalecen sobre los derechos y las garantías de los administrados.

“En conclusión, la acción de tutela resulta ser el medio de defensa más eficaz en los casos en los que la administración, motu proprio, ha decidido revocar actos que tienen el carácter de particular y concreto, pues a través de esta acción constitucional se evita que se siga ocasionando la lesión de derechos fundamentales, y obliga a la entidad correspondiente a agotar los mecanismos legales que le han sido dados para obtener la revocación o modificación de dichos actos.”

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el dos (02) de febrero de dos mil once (2011), que a su vez confirmó el emitido por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá el veintinueve (29) de noviembre de dos mil diez (2010). En su lugar, CONCEDER la tutela del derecho fundamental al debido proceso del señor Héctor Januario Romero Díaz.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la Resolución CPS 0246 del quince (15) de julio de dos mil diez (2010), mediante la cual revocó la Resolución CPS 0425 de 2008 que le había reconocido la pensión de vejez, al señor Héctor Januario Romero Díaz, y dejará vigente esta última.

Tercero.- ORDENAR a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a efectuar el pago de las mesadas dejadas de cancelar con ocasión de la expedición de la Resolución CPS 0426 del quince (15) de julio de 2010 y continúe pagando las mesadas que de aquí en adelante se causen, hasta que la justicia contencioso administrativa decida sobre la legalidad de la Resolución CPS 0425 de 2008 expedida por la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional.

Cuarto.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Magistrado

Ausente con excusa

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferido, en primera instancia, por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá el veintinueve (29) de noviembre de dos mil diez (2010) y, en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el dos (02) de febrero de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela promovido por Héctor Januario Romero Díaz contra el Fondo Pensional – Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia. El proceso en referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Cinco, mediante Auto proferido el veinte (20) de mayo de dos mil once (2011).

2 Folio 168, cuaderno principal. En adelante se hará alusión a los folios de este cuaderno, a menos que se diga expresamente lo contrario.

3 Folio 4.

4 Folio 6.

5 Folio 14.

6 Folios 14-16.

7 Folio 17.

8 Folio 23.

9 Folio 36.

10 Según la cita de la CPS, la sentencia es de la Subsección B, expediente 76001-23-31-000 2009-00844-01 (AC), (CP. Gerardo Arenas M.).

11 Folio 39.

13 Folio 40.

14 Mediante el Acuerdo 009 de 2010 se creó el Fondo Pensional Universidad Nacional de Colombia como una cuenta especial sin personería jurídica, cuyo objeto es el reconocimiento y pago de las obligaciones pensionales.

15 Folio 130.

16 Folio 171.

17 Folio 154.

18 (MP. Jaime Araújo Rentería. AV. Jaime Córdoba Triviño).

19 Como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia T-450 de 2002 (MP. Jaime Araújo Rentería), en un caso en el cual tuteló el derecho al debido proceso de una persona a quien le habían revocado sin su consentimiento una pensión, a pesar de no estar debidamente probado que se hubiera tratado de una abrupta, abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta.

20 Así, en la sentencia T-954 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte Constitucional concluyó que a una persona no se le violó el debido proceso cuando se le suspendió el pago de una mesada pensional por orden de la Fiscalía, en el contexto de un proceso penal, para evitar el detrimento patrimonial que podría seguirse como consecuencia de un posible hecho penalmente sancionable. La Corporación dijo entonces que “En el caso bajo estudio, contrario a lo que afirma el accionante, no se está ante la hipótesis de violación del debido proceso administrativo por la revocatoria o suspensión unilateral de un acto administrativo de carácter particular y concreto sin el consentimiento de los afectados, como quiera que el fundamento de la suspensión es la adopción de una medida cautelar para impedir que continúe el detrimento patrimonial del Estado por la comisión de un delito. Tampoco se está ante una decisión unilateral sin fundamento adoptada por el Ministerio de la

Protección Social, sino frente al cumplimiento de una medida decretada por la Fiscalía General de la Nación, con base en lo que establece el artículo 21 de la Ley 600 de 2000, que prescribe que “el funcionario judicial deberá adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan a estado anterior y se indemnizen los perjuicios causados por la conducta punible”. Aun cuando no se ha dictado sentencia definitiva en el proceso penal, la aceptación pura y simple de los cargos por parte del exgerente y de la tacha de presunta ilegalidad de las resoluciones firmadas por él, así como la orden impartida por la Fiscalía constituyen un fundamento suficiente para la adopción de la medida administrativa cuestionada de cumplimiento de lo ordenado en la ley y por la Fiscalía”.

21 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2006-01141-01(0026-08).

22 (MP.-E- Rodrigo Uprimny Yepes).

23 El artículo 3 del Decreto 2709 de 1994, consagra: “[l]a pensión de jubilación por aportes es incompatible con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y retiro por vejez. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas”.

24 Esta Corte así lo dijo en la sentencia T-140 de 2010 (MP. Mauricio González Cuervo), al conceder la tutela instaurada por una persona a la cual le habían suspendido unilateralmente (revocado) una pensión, porque supuestamente con el pago de la misma se violaba el artículo 128 de la Constitución. En esa oportunidad, expresó que “si bien es cierto el mandato del artículo 128 establece la prohibición de recibir una doble asignación por parte del Estado, no se puede desconocer que el actor ostenta un derecho pensional que le fue reconocido, a través de un acto administrativo en firme, de carácter particular y concreto que goza de presunción de legalidad. Ese derecho no puede verse afectado por la decisión unilateral de las entidades demandadas de suspender sin su autorización expresa o sin que haya mediado orden judicial, el pago de la referida mesada porque se rompería con ello el principio de confianza legítima y de seguridad jurídica. || De otra parte, es preciso aclarar que tal como lo señalan los artículos 19 y 20 de la ley 797 de 2003, la ilegalidad del derecho

subjetivo, es decir, el reconocimiento de la pensión de jubilación al actor por parte de Foncolpuertos no puede presumirse, no puede fundamentarse en una mera sospecha de fraude”.

25 En el Consejo de Estado, así lo dijo la Sección segunda, Subsección A, en una sentencia del veintinueve (29) de octubre de dos mil nueve (2009), Radicado 47001-23-31-000-2009-00222-01(AC), al conceder las pretensiones de una persona a la cual se le había revocado una pensión, bajo el entendimiento de que el pago de la misma de manera simultánea con otra asignación, violaba el artículo 128 de la Constitución. El Consejo de Estado dijo, entonces: “si el Ministerio accionado consideraba que la prestación económica reconocida al actor quebrantaba lo dispuesto en el artículo 128 de la Carta, debía solicitar al interesado su consentimiento para revocar la prestación irregular. Agotada esta posibilidad sin obtener el resultado esperado, a la Administración no le quedaba más remedio que acudir a la jurisdicción competente para obtener el pronunciamiento judicial respectivo. Por lo tanto no le era dable utilizar una suspensión provisional “sui generis” para frenar el pago de la pensión, so pretexto de consultar el sentido y alcance del texto constitucional”.

26 Ministerio de Justicia: Derecho penal general y especial, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 1989, p. 344.

27 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).