

BOLETÍN OBSERVATORIO JURISPRUDENCIAL

**FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

**¿ES POSIBLE REVOCAR UNA
PENSIÓN RECONOCIDA
IRREGULARMENTE?**

**REFLEXIONES SOBRE LA SU – 240
DE 2015 Y OTRAS HERRAMIENTAS**



NTCGP
1000



ISO 9001



EDITORIAL

En el desarrollo de la teoría del Acto Administrativo, ocupa una posición significativa el estudio de las potestades que ostenta la Administración del Estado...

CONTEXTO

En el presente número se realiza un análisis del caso que dio lugar a la expedición de la Sentencia SU- 240 de 2015, en el cual, como consecuencia de un reajuste...

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA SU-240 DE 2015.

- A. *Antecedentes del caso.*
- B. *Problema Jurídico.*
- C. *Tesis.*

REFLEXIONES DE LA COMUNIDAD DE PRÁCTICA

- a. *Revocatoria Directa en las Leyes 1437 de 2011 y 797 de 2003.*
- b. *Concurrencia de acciones legales en caso de reconocimiento irregular de prestaciones periódicas:*
 - *Acción Popular.*
 - *Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del derecho.*
 - *Denuncia Penal.*
 - *Acción de tutela.*

LECCIONES APRENDIDAS.

Una administradora de pensiones se encuentra facultada para revocar directamente un acto administrativo manifiestamente ilegal...

CONSEJOS PRÁCTICOS.

La aplicación de la concurrencia de acciones en el reconocimiento de prestaciones periódicas, debe plantearse de forma responsable...

EDITORIAL

En el desarrollo de la teoría del Acto Administrativo, ocupa una posición significativa el estudio de las potestades que ostenta la Administración del Estado para revisar el contenido o los efectos de los actos administrativos en un determinado momento.

Entre las formas de esta potestad reconocida por el ordenamiento jurídico a la Administración para volver sobre los actos administrativos o sus efectos, por razones de interés general o por motivos de legalidad, está la revocación. En efecto, se le reconoce a la Administración del Estado la existencia de potestades de auto tutela declarativa que le permiten volver sobre actos administrativos en forma unilateral sin necesidad de acudir a los Tribunales de Justicia, con la finalidad de custodiar el principio de juridicidad.

Como se puede apreciar, la potestad revocatoria lleva inmerso un desajuste o incompatibilidad entre el interés general y el particular que debe ser evaluado por la Administración del Estado con el propósito de determinar la simetría o armonía del interés general amparado por la ley, y la finalidad o propósito específico de un acto administrativo.

La facultad de la administración de revocar sus propios actos a pesar de su explícita regulación legal y la extensa doctrina y jurisprudencia que la desarrollan, permanece como un instrumento cuya aplicación genera inquietudes, debido al automatismo con el que los sujetos afectados por esta medida acuden ante el Juez Administrativo, en procura de que dicha sede desvirtúe y anule sus efectos y, de colofón, lograr compromiso en la responsabilidad del revocante.

El sustento o fundamentación de la revocatoria no debe sujetarse en exclusiva al análisis de los elementos normativos y fácticos que dieron lugar al acto bajo examen, sino que deben orientarse también al análisis del fin que persigue el acto mismo, su alcance y el efecto material de su desaparecimiento, pues en más de una

ocasión ésta consecuencia da lugar a situaciones ilegítimas, injustas o antijurídicas, las cuales al ser sometidas al examen judicial, devienen en resarcimientos y responsabilidades con efectos fiscales, disciplinarios y/o penales, que pueden y deben ser evitados con una valoración profunda de estos criterios, más aun cuando encontremos tensiones entre los principios de la administración pública y los derechos individuales fundamentales, cuya protección es de orden constitucional.

El ejercicio de la facultad Revocatoria debe ir, además, acompañado de acciones y conductas complementarias, que en lo posible garanticen la defensa de los intereses del o los afectados por la decisión, para con ello mitigar la sensación de unilateralidad omnímoda de la autoridad administrativa y, además, desvirtuar la imagen de desprotección del administrado frente a la misma.

Por otra parte, una vez verificada la existencia de los requisitos normativos y facticos para su procedencia junto con la guarda de las garantías del titular del derecho reconocido por el acto administrativo bajo examen, procede analizar el componente ético - volitivo que dinamiza la conducta del revocante que pretende recuperar la armonía entre el interés general y el particular que ha sido alterada por la expedición de un acto de la administración que debe desaparecer de la vida jurídica.

Este componente es fundamental, pues en el subyace la determinación del actuar dentro de lo que denominaremos lo correcto y necesario - el imperativo de corrección y necesidad del que hacer administrativo, imperativo de comportamiento de la administración el cual no debe estar sujeto para “desfacer sus propios entuertos”, en palabras del inmortal manchego, a lo que decidan funcionarios de la rama judicial, si no que plenos de razones y garantías, proceder de acuerdo con las facultades previstas, para el efecto.

En el caso de estudio se evidencia que la sola facultad de revocación resulta en ocasiones insuficiente como instrumento de la administración para corregir o ajustar sus propias actuaciones.

CONTEXTO

En el presente número se realiza un análisis del caso que dio lugar a la expedición de la Sentencia SU- 240 de 2015, en el cual, como consecuencia de un reajuste concedido de forma irregular y desproporcionado de una pensión de jubilación, se aplicó la figura de la revocatoria directa de un acto administrativo.

Con fundamento en la interpretación tradicional del artículo 73 del C.C.A conforme a la cual el acto administrativo pasible de revocatoria directa sin consentimiento del particular era únicamente el acto resultante del silencio administrativo positivo, y al considerar que el particular no incidió en la expedición del acto administrativo, el Consejo de Estado consideró que la administración no se encontraba facultada para revocar el acto que reajustó la pensión.

Las decisiones proferidas por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo fueron impugnadas mediante acción de tutela instaurada por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República al considerar que se incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo.

La Corte Constitucional, concluyó que existió vía de hecho por defecto sustantivo al no haber resuelto un caso novedoso armonizando los artículos 69 y 73 del C.C.A., con los artículos constitucionales: 2° (deber de protección de bienes jurídicos constitucionales, entre ellos, el erario público); 83 (principio de la buena fe) y 209 (principios de la función administrativa).

En el presente número se reseña la sentencia de unificación y se exponen las reflexiones realizadas por la Comunidad de Práctica, con el propósito de convertir el boletín en una herramienta para el examen y resolución de casos en que se detecten reconocimientos irregulares de prestaciones periódicas y proceda eventualmente la figura de la revocatoria.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA SU-240 DE 2015

A. ANTECEDENTES DEL CASO

1-. En 1987 la entidad reconoció pensión de jubilación a un ex empleado del Congreso de la República (auxiliar de archivo) en cuantía aproximada de 4 smlv.

2-. Fallecido el causante, en 1989 se sustituyó la pensión a su viuda. Para dicho año la mesada pensional era cercana a 3,6 smlv.

3-. En diciembre de 1993 sin que mediara solicitud previa de la sustituta pensional, la entidad de manera errónea reajustó la pensión mediante acto administrativo en el cual aplicó un reajuste exclusivo para los ex congresistas pensionados antes de la Ley 4 de 1992, el cual según el decreto 1359 de 1993 debía ser equivalente al 50% de las pensiones a que tuvieran derecho los congresistas en ejercicio para dicha fecha, por lo que la pensión aumentó a 16 smlv.

4-. Posteriormente, en diciembre de 1994, la entidad reajustó nuevamente la pensión estableciendo en el acto administrativo una cuantía equivalente al 75% del ingreso mensual promedio de un Congresista en ejercicio en 1994, por lo que la prestación ascendió a 32 smlv.

5-. En marzo de 1995 la sustituta pensional solicitó a FONPRECON el reconocimiento del reajuste pensional con efectos a partir de 1992, lo cual permitió la detección de la situación irregular consistente en haberse reajustado la pensión de un ex funcionario otorgándole la calidad de ex congresista y la multiplicación por diez de la mesada pensional.

6-. Mediante Resolución de febrero de 1996 la entidad revocó los actos administrativos del diciembre de 1993 y diciembre de 1994 que reajustaron de forma ilegal la pensión, ordenando la

la suspensión del pago en exceso, y el reintegro de lo pagado hasta dicha fecha, y en marzo de dicho año, formuló denuncia penal en contra de la sustituta pensional.

7-. La sustituta pensional interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la resolución de febrero de 1996 que revocó los actos que reajustaron la pensión argumentando que la entidad no podía ejecutar tal acción sin su consentimiento.

8-. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 4 de julio de 1997 negó las pretensiones de la demanda y consideró que FONPRECON se encontraba facultado para revocar los actos administrativos ante su obtención por medios ilegales.

9-. La Sección Segunda del Consejo de Estado mediante decisión del 17 de julio de 1999 revocó la anterior sentencia, declaró la nulidad de la resolución de febrero de 1996 que dispuso la revocatoria directa de los actos administrativos de reajuste pensional y ordenó el restablecimiento de la pensión al monto reajustado, es decir 32 smlv.

10-. Como resultado de la denuncia penal mencionada, la sustituta pensional fue condenada por el delito de estafa agravada por el Juez Tercero Penal del Circuito de Bogotá mediante fallo del 8 de marzo de 2002, a pena privativa de la libertad y multa, por hallarla responsable de ejecutar el delito de estafa agravada, decisión confirmada en noviembre de 2005 en segunda instancia.

11-. FONPRECON interpuso el recurso extraordinario de súplica (entonces vigente), el cual fue desatado por la Sala Especial Transitoria de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del 9 de diciembre de 2008 declarando la no prosperidad del mismo.

12-. Iniciado el trámite correspondiente al cumplimiento de la sentencia dictada a favor de la sustituta pensional, FONPRECON expidió el respectivo acto administrativo adoptando las medidas tendientes al cumplimiento de la sentencia, no obstante, se iniciaron dos (2) Acciones Populares en contra de FONPRECON, que buscaban evitar el pago de la sentencia en defensa de

la moralidad pública. (Una de ellas instaurada por el Ministerio Público y otra impetrada por una ciudadana).

13-. La dos Acciones Populares fueron acumuladas dentro de un mismo proceso que se adelantó ante el Juzgado 13 Administrativo del Circuito de Bogotá.

14-. En el año 2009 FONPRECON interpuso Acción de tutela en contra de las providencias judiciales reseñadas proferidas por el Consejo de Estado, y adicionalmente impetró Acción de lesividad en contra de las Resoluciones de diciembre de 1993 y diciembre de 1994, cuyos efectos revivieron como consecuencia de los mencionados fallos, que declararon la nulidad del acto administrativo con el cual se procedió a su revocatoria.

15-. Mediante sentencia proferida el 27 de agosto de 2009, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado negó por improcedente la tutela incoada por FONPRECON.

16-. En el curso del proceso de acción popular, mediante decisión del 28 de abril de 2010 se decretó como medida cautelar, la suspensión de las resoluciones de diciembre de 1993 y 1994 y del pago del retroactivo ordenado por la decisión del Consejo de Estado, acatada por FONPRECON en junio de 2010.

17-. La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el treinta (30) de mayo de 2011, confirmó el fallo de primera instancia dictado en el proceso de tutela, con base en la tesis (imperante para ese entonces) según la cual no era procedente la acción de tutela contra decisiones judiciales proferidas por el Consejo de Estado.

18-. Dentro de la acción de lesividad se profirió sentencia de primera instancia el 11 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accediendo parcialmente a las suplidas de la demanda, salvo el reintegro de los mayores valores reconocidos por los actos impugnados.

19-. En contra de la anterior sentencia, tanto el apoderado de la sustituta pensional como el de FONPRECON, interpusieron recurso de apelación.

20-. El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, apeló la decisión en tanto el Tribunal negó la pretensión encaminada a que se declarara que la demandada tenía la obligación de reintegrar el mayor valor, pese a que se demostró la existencia de una sentencia condenatoria de carácter penal.

21-. Mediante Sentencia del 6 de septiembre de 2013, el Juzgado 13 Administrativo del Circuito de Bogotá profirió sentencia dentro del trámite de la Acción Popular amparando los derechos colectivos a la moralidad administrativa y defensa del patrimonio público e impuso a FONPRECON la obligación de mantener la suspensión decretada como medida cautelar hasta tanto se profiriera el fallo de segunda instancia dentro del proceso de acción de lesividad.

22-. El apoderado de la sustituta pensional interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia antes mencionada, el cual fue desatado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección “C” en Descongestión, mediante providencia del 20 de marzo de 2014 que resolvió modificar parcialmente la sentencia, pero en esencia, confirmó el amparo de los derechos colectivos al imponer la obligación de mantener la suspensión provisional de los efectos de las resoluciones de diciembre de 1993 y 1994 que ordenaron el reajuste.

23-. Como resultado de la acción de tutela impetrada por la entidad, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-240 del 30 de abril de 2015 resolvió amparar el derecho fundamental al debido proceso de FONPRECON, revocando los fallos de instancia y dejó sin efectos la sentencia de 17 de junio de 1999 y la decisión del 9 de diciembre de 2008 proferidas por el Consejo de Estado, así mismo, dejó en firme la sentencia del 4 de julio de 1997 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la sustituta pensional, finalmente, le ordenó a dicha señora el reintegro de los valores que hubiere devengado en exceso como consecuencia de los reajustes realizados en diciembre de 1993 y 1994.

24-. Mediante sentencia del 23 de abril de 2017 el Consejo de Estado al desatar los recursos de apelación dentro del trámite de

la acción de lesividad decidió confirmar la sentencia de primera instancia. En cuanto al reintegro de los valores no lo ordenó, por encontrar que la sustituta ya lo había efectuado, respecto de lo devengado entre 1993 y 1996, ya con posterioridad a la revocatoria de los actos no percibió mayores valores.

B. PROBLEMA JURÍDICO

La Corte Constitucional lo planteó de la siguiente forma:

¿Incurrió el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda, Subsección “A” con sus providencias, especialmente la proferida el 17 de junio de 1999, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en causales de procedibilidad que permitan abordar la tutela en contra de sentencias judiciales, al revocar bajo una interpretación netamente legalista de los artículos 69 y 73 del anterior Código Contencioso Administrativo la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, bajo el entendido que la administración sólo puede revocar los actos administrativos que crean situaciones particulares, sin el consentimiento del titular de la respectiva situación jurídica, cuando son fruto del silencio administrativo positivo, y que en “el caso sub judice no puede tener cabida la excepción aludida, porque los reajustes pensionales, fueron dispuestos mediante actos expresos en los que se plasmó en forma concreta, manifiesta e inequívoca la voluntad de la entidad”.

C. TESIS

Una interpretación sistemática de los artículos constitucionales 2º (deber de protección de bienes jurídicamente amparado, como es el caso del erario); 83 (buena fe) y 209 (principios de la función administrativa) comporta que la administración pueda revocar directamente un acto administrativo *manifestamente*

ilegal, así sea de contenido particular y concreto, sin contar con el consentimiento previo y escrito del titular del derecho, cuando el beneficiado se aprovechó indebidamente de los efectos económicos de aquél, así no se encuentre plenamente probado que indujo en error a la administración.

El defecto sustantivo que aqueja a las providencias del Consejo de Estado, no deriva de que sus precedentes se opongan realmente a aquellos sentados por esta Corporación en la materia, sino en no haber resuelto un **caso novedoso**, con base en una regla judicial derivada de una interpretación conforme de los artículos 69 y 73 del C.C.A., con los siguientes artículos constitucionales: 2° (deber de protección de bienes jurídicos constitucionales, entre ellos, el erario público); 83 (principio de la buena fe) y 209 (principios de la función administrativa).

REFLEXIONES DE LA COMUNIDAD DE PRÁCTICA

a). LA REVOCATORIA DIRECTA EN LAS LEYES 1437 DE 2011 Y 797 DE 2003

Tradicionalmente la normatividad Administrativa, traía regulada la posibilidad para la administración de revocar sus propios actos administrativos en los eventos expresamente señalados por la Ley, siempre y cuando mediara el consentimiento del titular del derecho reconocido (Art. 73 Código Contencioso Administrativo), en la actualidad lo regula el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A), al consagrar las causales de revocación, así:

- 1-. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a Ley.
- 2-. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.

3-. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Aunque las causales de revocatoria directa consagradas en el Código Contencioso Administrativo son esencialmente las mismas que contiene el C.P.A.C.A., el legislador de 2011, se ocupó de regular la posibilidad de revocatoria en tratándose de actos fictos y expresos, mientras que en el Decreto 01 de 1984 (así lo entendía la jurisprudencia) limitaba dicha potestad a los actos producto del silencio administrativo positivo.

Precisamente el artículo 73 del C.C.A, en su inciso 2: establecía " *Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.*" La interpretación literal de esta norma permitía la existencia en el ordenamiento jurídico de actos administrativos manifiestamente ilegales no revocables sin el consentimiento del particular, basada en una línea jurisprudencial para el momento consolidada.

En este punto, resulta de especial trascendencia describir la postura jurisprudencial, en tanto creadora de una hermenéutica normativa que constituyó el núcleo del reproche, que años después profirió la Corte Constitucional en la Sentencia de unificación bajo estudio.

Así mismo, resulta pertinente plantear los lineamientos que el legislador plasmó frente a la forma de resolver aspectos no regulados por el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), cuyo artículo 267 del C.C.A. establece que lo no regulado se resolverá, en lo que sea compatible con la naturaleza de las actuaciones administrativas, por el Código de Procedimiento Civil y éste último a su vez, sostiene como fórmula de solución la observancia de casos análogos, principios constitucionales y generales del derecho procesal, partiendo del hecho de que el caso concreto revestía singularidades novedosas para la época.

El artículo 73 del C.C.A., parte de la regla de que ningún acto administrativo de carácter particular y concreto podrá revocarse sin el consentimiento del titular, no obstante cuando (i) sea producto del silencio administrativo positivo, (ii) incurra en las causales del artículo 69 o (iii) resulte evidente que ocurrió por medios ilegales, serán revocables, norma que a la postre produjo la génesis de la facultad revocatoria directa por parte de la administración sin el concurso del consentimiento del titular.

La jurisprudencia mediante decisiones de Sala Plena del Consejo de Estado hasta el año 2002, justificó la prerrogativa de la administración de revocar directamente los actos administrativos de contenido particular y concreto, exclusivamente en las decisiones derivadas del silencio administrativo positivo, siempre que concurra con la decisión ficta, bien, alguna de las hipótesis del artículo 69 del C.C.A. o bien, la ocurrencia del acto por medios ilegales. Solo a partir del año 2002, la tesis anterior fue superada y la facultad de revocatoria directa ampliada a los casos en los que el acto administrativo acaeció por medios ilegales, esto es, sin que sea necesario que la decisión ilegal sea además fruto del silencio administrativo positivo.

En todo caso, la expedición del C.P.A.C.A pretende librar el procedimiento de revocatoria directa de situaciones como las previamente expuestas al permitir que se apliquen a actos fictos o expresos y señalar que ante la negativa del consentimiento por parte del particular, la administración debe acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De manera concreta con relación al tema pensional y como excepción a ese mandato de consentimiento del titular, en tratándose de temas pensionales la Ley 797 de 2003 (artículo 19) trajo novedades respecto a la revocatoria de los propios actos por parte de la administración, al señalar que no era necesario el consentimiento del beneficiario siempre y cuando se tratará de un reconocimiento indebido de derechos, sin el lleno de requisitos o con

base en documentación falsa.

La precisión en la aplicación del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, fue considerada en el examen de constitucionalidad efectuado en la sentencia C-835 de 2003, donde la Corte Constitucional estableció la necesidad de existencia de una manifiesta ilegalidad, traducida en adecuación típica (existencia de una conducta punible) , para que se hiciera uso de esta herramienta sin necesidad de consentimiento del titular, previo proceso de verificación con plena garantía del derecho fundamental al debido proceso, al permitir que el beneficiario ejerza el derecho de defensa, cimentado en los principios de necesidad de la prueba, publicidad y contradicción.

Así mismo, en el citado pronunciamiento, el alto Tribunal precisó, en primer término, las situaciones que dan lugar a la revocatoria sin el consentimiento del titular, señalando que *"no se puede tratar de cualquier incumplimiento de requisitos, ... (o de) falencias meramente formales; o (...) 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"*, señalando en segundo lugar, 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 y en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo sin el consentimiento del particular.

Las hipótesis del artículo 19 de la ley 797 de 2003 i) incumplimiento de los requisitos o ii) reconocimiento con base en documentación falsa, resultan seriamente restringidas por los condicionamientos de la sentencia C- 835 de 2003, por lo cual, un caso como el que dio lugar a la sentencia SU- 240 de 2015, en la actualidad requiere una solución jurídica similar a la encontrada por la Corte Constitucional, en consideración a la cualificación del comportamiento del titular del derecho que se realizó en la sentencia de exequibilidad condicionada.

Si bien debe reconocerse que la evolución jurisprudencial del año 2002 en relación a la facultad de revocatoria directa de los actos administrativos por parte de la administración; el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 con las restricciones implementadas en la Sentencia C-835 de 2003 y la Ley 1437 de 2011, implicaron considerables avances tendientes a normalizar prestaciones concedidas sin el cumplimiento de requisitos, no resuelven en forma contundente casos como el particular.

Para el año 2002, si bien el cambio de postura jurisprudencial aumentó las facultades de revocatoria directa por parte de la administración a los casos en que el acto ocurre por medios ilegales, lo hizo en términos tan estrictos que solo dio lugar a su aplicación en dos hipótesis, a saber, (i) la que resulta de un error no inducido de la administración, que profiere un acto con convencimiento de obrar en derecho, con defecto de persuasión o estímulo del particular y (ii) la que se desprende de la realización de medios idóneos dirigidos a crear error en la administración; limitando únicamente a la segunda hipótesis el poder de revocar directamente.

Es decir, la transición derivada del cambio de postura jurisprudencial pasó de plantearse el silencio administrativo positivo como única posibilidad de revocatoria directa; a preguntarse la participación del beneficiario en la realización del acto administrativo, limitando ahora desde otra óptica la facultad de revocatoria, a los eventos en que el particular cooperó en la producción del acto ilegal. No obstante, así como los actos administrativos que se producen por medios ilegales no solo devienen del silencio administrativo positivo; tampoco todos los actos que se producen sin que el beneficiario participe en la conformación del acto administrativo son legales.

El caso presentaba dos características de especial relevancia para resolver el problema jurídico, i) la sustituta pensional no participó o dio lugar a la expedición del primer acto administrativo que en diciembre de 1993 reajustó indebidamente la pensión, pero obtuvo el beneficio, y ii) a la luz de la ley 797 de 2003 la tipicidad penal debe manifestarse en la expedición del acto.

La sentencia SU-240 de 2015 realiza una especial revisión del aprovechamiento ilícito cometido por la beneficiaria de la prestación al recibir una mesada que definitivamente no correspondía a los salarios y calidad de trabajador de su cónyuge fallecido sin ponerlo en conocimiento de autoridad administrativa o judicial alguna, por el contrario en el año 1995 se hizo partícipe de la situación irregular solicitando un nuevo reajuste, hechos por los que fue condenada penalmente, aspecto fundamental para desvirtuar la presunción de la buena fe consagrada en el artículo 83 constitucional.

El análisis efectuado en la sentencia SU- 240 de 2015, es el resultado de la línea cimentada en sentencias T-140 de 2010 y T-674 de 2011 en las que se abordó la institución de la revocatoria directa de actos administrativos que reconocen pensiones con las restricciones y parámetros de respeto por el debido proceso.

b). CONCURRENCIA DE ACCIONES LEGALES EN CASO DE RECONOCIMIENTO IRREGULAR DE PRESTACIONES PERIODICAS.

Se denomina concurrencia de acciones al empleo de todos los mecanismos dispuestos por el legislador, para procurar la prevalencia de intereses jurídicos legítimos en las relaciones del Estado con los particulares y aun entre particulares. El derrotero inicial exige observar en quién reside la legitimación en la causa, que el Consejo de Estado definió como *<la posibilidad de una persona de formular o controvertir pretensiones contenidas en una demanda, por ser sujeto activo o pasivo de una relación jurídica sustancial>*, lo que equivale a justificar un interés en el desenlace de un juicio; desde donde se analiza el ejercicio de los medios que mejor y de manera más suficiente respondan a los fines perseguidos.

Nuestro sistema jurídico presenta en no pocas ocasiones, variadas alternativas para resolver problemas de derecho en situaciones particulares. Verbigracia, un acto administrativo de contenido

general expedido por autoridad territorial que autoriza la realización de un evento, permite a la persona por lo menos ejercer las siguientes actuaciones, (i) demandar la simple nulidad de la decisión; (ii) la cesación y protección de derechos colectivos si como consecuencia del acto son 20 o más personas quienes perciben afectación; (iii) la reparación, de consumarse un daño, o (iv) el amparo de derechos fundamentales si con la decisión resultan enervados.

Postular la concurrencia de acciones, como un mecanismo idóneo para la defensa de una causa, debe mirarse con precaución, pues su eficacia no se sostiene en el ejercicio indiscriminado de medios judiciales, situación que afecta el principio del *non bis in idem* y que claramente no es materia de este análisis, antes bien, comprender como pueden articularse diversas acciones con base en la categoría de los derechos que se encuentran en disputa. Así, el legislador define taxativamente derechos que tienen la connotación de sociales tales como un ambiente sano, la moralidad administrativa, el espacio público, entre otros, así como fundamentales, civiles y políticos.

En esa medida la Sentencia SU-240 de 2015, demuestra de forma diáfana como la concurrencia de acciones puede tener un papel fundamental con miras a brindar herramientas desde perspectivas diversas a una causa, para el caso concreto muy particular, la defensa de la moralidad administrativa y el patrimonio público. En ese ejercicio, caracterizamos todas y cada una de las acciones que tuvo lugar en el caso concreto desde su génesis hasta el momento en que la Corte Constitucional profirió Sentencia de unificación jurisprudencial sin detenernos tanto en los fundamentos de hecho como en los de derecho, comenzando por la acción popular.

Acción Popular

La Constitución Nacional, en su artículo 88, consagra la acción popular como el mecanismo judicial para la protección de los

derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moralidad administrativa, el ambiente y la libre competencia económica, entre otros.

Dicha figura fue regulada con la expedición de la Ley 472 de 1998, que en su artículo segundo la define como el medio procesal idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, que tiene por objeto *“evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”*

La Corte Constitucional ha estudiado la naturaleza de la acción popular en distintas ocasiones, y ha establecido que este mecanismo se caracteriza:

“(i) por ser una acción constitucional especial, lo que significa, a) que es el mecanismo dispuesto por el constituyente para la protección de un grupo específico de derechos constitucionales, los derechos colectivos, b) que el legislador ordinario no puede suprimir esta vía judicial y c) que le aplican, particularmente, los principios constitucionales;

(ii) por ser pública, en tanto dota a todas las personas, sin necesidad de obrar por intermedio de un apoderado judicial, de un instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión de respetar, proteger y garantizar los derechos colectivos frente a las actuaciones de autoridades o de cualquier particular;

(iii) por ser de naturaleza preventiva, motivo por el cual, basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca una vulneración para que ésta proceda, pues su objetivo es ‘precaer la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño’;

(iv) por ser también de carácter restitutorio, en razón a que tiene como finalidad el restablecimiento del uso y goce de los derechos e intereses colectivos.”

Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 indica que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir la declaratoria de nulidad del acto administrativo y el restablecimiento del derecho, solicitando que se le repare el daño.

Ahora bien, la prerrogativa prevista en el artículo 138 también se puede ejercer por parte de la administración, así lo dispone el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, denominada por la doctrina como acción de lesividad. Por su parte, la jurisprudencia la caracteriza como *<la facultad que le permite a la administración demandar sus propios actos, entendiendo estos como la manifestación de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos. Medio de control que debe ser promovido en el caso de la nulidad y restablecimiento del derecho en el término de cuatro meses. Sin embargo, cuando se trate de un acto administrativo que reconozca prestaciones periódicas dicha acción se puede ejercitar en cualquier tiempo>*

En el caso en concreto este medio de control es efectivo para la protección del erario, la moralidad pública y la legalidad.

Denuncia Penal

La formulación de la denuncia penal con el fin de proteger el patrimonio público debe estudiarse no solo desde la perspectiva de la eficacia, sino también de la necesidad, pues la conducta desplegada por la denunciada, obligó a la Administración a compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que se iniciara investigación penal sobre las presuntas infracciones delictivas en que hubieren podido incurrir la beneficiaria, funcionarios y terceros.

La eficacia de la denuncia penal en el caso concreto, se materializó cuando se determinó que la conducta desplegada por la sustituta pensional fue calificada como dolosa, y que no podía entenderse como un acto de buena fe, por cuanto guardó silencio aprovechando el error de la administración, usufructuando la prestación derivada de la equivocación de la entidad.

La sentencia SU- 240 de 2015 llama la atención frente a la aplicación coherente y racional de todo el ordenamiento jurídico, pues asevera que no tiene ningún sentido que mientras la jurisdicción penal encontró que hubo una conducta catalogada como delito, no se tuviere una herramienta constitucional que permitiera revocar los actos administrativos lesivos para el patrimonio público.

Acción de Tutela

Nuestra Constitución Nacional, en su artículo 86, establece que la tutela procede contra toda “acción u (...) omisión de cualquier autoridad pública”. En ese sentido las autoridades judiciales son autoridades públicas que en el ejercicio de sus funciones tienen la obligación de ajustarse a la Constitución y a la ley, y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos reconocidos en la Constitución.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales que quebranten los derechos fundamentales de las partes y se aparten de los mandatos constitucionales; no obstante, se ha precisado que la procedencia de la acción de tutela en estos casos debe ser excepcional, con el fin de que no se desconozcan los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, y a la naturaleza subsidiaria que caracteriza la acción de tutela.

⁷ Sentencia T-121 de 2016. Magistrado Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza.

En esa medida, la acción de tutela contra decisiones judiciales tiene como finalidad efectuar un juicio de validez constitucional de una providencia judicial que incurre en graves falencias.

Conforme con lo expuesto por la Corte Constitucional, los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales son:

- (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, esto es, que el caso involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes;
- (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela, o sea, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable;
- (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, es decir, que la tutela se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración;
- (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo en la sentencia que se impugna;
- (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados; y
- (vi) que no se trate de sentencias de tutela..

LECCIONES APRENDIDAS

Una administradora de pensiones se encuentra facultada para revocar directamente un acto administrativo manifiestamente ilegal aún cuando el titular del derecho no haya inducido su expedición.

A la luz de la hermenéutica contenida en la sentencia SU- 240 de 2015, al encontrarse ante la creación de situaciones jurídicas

irregulares y desproporcionadas la administración se encuentra facultada para revocar directamente el acto administrativo pese a que el particular titular del derecho concedido no haya dado lugar a su expedición siempre y cuando se encuentre obteniendo un provecho ilícito del acto.

La revocatoria directa de pensiones regulada por la ley 797 de 2003 debe garantizar el debido proceso y se restringe a casos de incumplimiento grave de requisitos o falsedad de los documentos soporte cuando medie la existencia de un delito.

De conformidad con los condicionamientos contenidos en la sentencia C- 835 de 2003 la garantía del Debido Proceso se manifiesta con el agotamiento del procedimiento con aplicación de los principios de necesidad de la prueba, publicidad y contradicción y solo ante la existencia de una conducta punible, por lo cual si el litigio versa sobre problemas de interpretación del derecho, como, el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición o la aplicación de un régimen especial frente a uno general deberá acudirse ante el Juez competente.

Al detectarse un reconocimiento ilegal de una prestación periódica, una administradora de pensiones debe acudir de forma concurrente a las diferentes acciones y herramientas.

Las entidades deben acudir de forma concurrente al ejercicio de las acciones tendientes a la protección del patrimonio público en materia de pensiones, de un lado la revocatoria directa a la luz de la ley 797 de 2003 y también de la ley 1437 de 2011 con base en la cual conforme a la sentencia SU-240 de 2015 resulta ajustado a la constitución revocar actos administrativos al evidenciarse provecho ilícito por parte del titular del derecho.

Adicionalmente, la administración cuenta con la potestad de ejercer las acciones judiciales respectivas, así, pese a ser revocado un acto, resulta susceptible de control jurisdiccional en tanto el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se ocupa de analizar la legalidad de los actos mientras produjeron efectos.

CONSEJOS PRÁCTICOS

- La aplicación de la concurrencia de acciones en el reconocimiento de prestaciones periódicas, debe plantearse de forma responsable el ejercicio de los medios judiciales que conduzcan a proteger los intereses de la entidad, evaluando la pertinencia y conducencia de ejercerlos y su capacidad de aportar a los fines perseguidos. El uso indiscriminado de medios de control puede llevar a la entidad a incurrir en conductas dilatorias o tendientes a relevarse sin justificación legal del cumplimiento de decisiones judiciales.
- En presencia de actos reconocedores de derechos sin el cumplimiento de requisitos legales, debe distinguirse la conducta desplegada por el beneficiario a fin de discernir si el acto nace de la acción activa u omisiva del titular o, por el contrario, el mismo no participo en la formación del mismo, pues el tratamiento jurídico varía en función de si el actor provocó o no la decisión de la administración.
- Al presentarse el medio de control de nulidad y restablecimiento del debe solicitarse el decreto de medidas cautelares deprecando la suspensión provisional del acto administrativo.

COMUNIDAD DE PRÁCTICA JURÍDICA:

- Francisco Álvaro Ramírez Rivera
- Lydia Edith Rivas Niño.
- Nakarith Posada Romero.
- Vilma Leonor García Pabón.
- Rogelio Andrés Giraldo González
- Alberto García Cifuentes.
- Diego Alberto Viracacha Ávila.
- Diana Carolina Ramírez Palacios.
- María Consuelo González Pinto.
- Jose Armando Rondón Reyes.
- Andrés Felipe López González.
- Cesar Enrique Sierra Lesmes.
- Carolina Ávila Bustos.
- Angelica María Parra Baez.
- Gina Janneth Chappe Chappe.
- Luis Enrique Cortés Callejas.
- Duvier Alfonso López Ortiz.
- Julián David Mayorga Baquero.

DIRECCIÓN

Carrera 10 No. 24 – 55 Piso 2 y 3
Edificio World Service
Bogotá D.C., Colombia

TELÉFONOS:

571 3 41 55 66 - 571 3 41 55 56 – 571 3 41 56 96

FAX:

571 2 86 18 53 - 571 3 41 54 37

CORREO ELECTRÓNICO

comunidadjuridica@fonprecon.gov.co

Visítenos en

www.fonprecon.gov.co

