

REVOCATORIA DIRECTA DE ACTO DE RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION – Por interpretación del derecho. Norma aplicable en materia de tope pensional. Consentimiento expreso y escrito

De la lectura completa y armónica de la sentencia C-835 de 2003, mediante la cual se declaró exequible condicionalmente el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, se puede colegir sin dubitación alguna que como la presunta irregularidad encontrada por la administración en el acto de reconocimiento pensional del demandante, se circunscribía a establecer cuál era la norma aplicable para efecto del tope pensional -la que se tuvo en cuenta en la resolución que reconoció el derecho o la Ley 71 de 1988-, no se trataba de revocar un acto de un reconocimiento pensional en el que hubiera mediado un delito para su obtención, sino que era una cuestión de interpretación del derecho, de modo que la administración se debió someter al procedimiento y exigencias previstas en los artículos 73 y 74 del C.C.A., obteniendo el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho y adelantar una actuación administrativa en los términos de los artículos 38 y siguientes ídem para revocar directamente el acto o acudir a la jurisdicción contenciosa para que dirimiera el conflicto. Sin embargo, como verificada la actuación de la administración se observa que con antelación a la decisión acusada no se solicitó el consentimiento escrito y expreso del titular de los derechos que se pretendían afectar constituidos en el acto de reconocimiento pensional -Resolución No. 044585 de diciembre 18 de 1991-, fuerza concluir que el acto administrativo de revocación incurrió en violación de la ley y expedición irregular, razón por la cual ha de confirmarse la sentencia de primera instancia que dispuso su anulación.

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 19 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 69

NULIDAD DEL ACTO DE REVOCATORIA DIRECTA DE LA PENSION DE JUBILACION – Restablecimiento. Alcance

La Sala precisa que a pesar de que en una y otra controversia se pretende definir el monto de la pensión de jubilación, la que dio origen a la Resolución 00810 de junio 16 de 2010 nació de la reclamación de factores adicionales que se solicitó incluir en la pensión, mientras que la que nos ocupa se refiere al tope pensional, cuestiones diferentes cuya definición, en principio, no se afectan la una a la otra, razón que da lugar a revocar parcialmente la decisión del a quo, en cuanto omitió pronunciarse en torno a la pretensión de restablecimiento del derecho. Así entonces, declarada la nulidad del acto mediante el cual la administración modificó el tope pensional de la prestación reconocida al señor Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe en virtud de la Resolución No. 044585 de diciembre 18 de 1991, ello implica que las cosas vuelvan a su estado anterior, es decir, que el tope de la misma continúe en el porcentaje establecido en el acto de reconocimiento. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que la administración pueda iniciar las acciones administrativas o judiciales tendientes a lograr la modificación de ese tope, pero dentro del marco de la legalidad y del respeto a los derechos al debido proceso y defensa del titular del derecho y sin perjuicio de las demás modificaciones que tal prestación hubiese sufrido a causa de otras controversias (factores a incluir en la pensión o descuentos que por otros conceptos se hayan ordenado hacer a la prestación) y que se hayan ventilado o estén en controversia en otros escenarios judiciales. Obviamente, la declaración de nulidad del acto administrativo impide hacer efectiva la orden de devolución de diferencias

pensionales allí ordenadas, pues no es viable ejecutar un acto administrativo que se ha declarado ilegal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 08001-23-31-000-2009-00681-01(1133-12)

Actor: LUIS RAFAEL ABUCHAIBE ABUCHAIBE

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

**APELACIÓN SENTENCIA
AUTORIDADES NACIONALES**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2011 por la Subsección de Descongestión Laboral del Tribunal Administrativo del Atlántico.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe solicita al Tribunal declarar nulas las Resoluciones Nos. 00081 de marzo 13 de 2003, 005 de enero 5 de 2004 y 01316 de septiembre 9 de 2008, dictadas por el Ministerio de la Protección Social – Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, mediante las cuales se ajustó la cuantía de su pensión al tope máximo autorizado.

Como consecuencia de tal declaración pide disponer que se ordene restablecer su pensión de jubilación en forma plena de acuerdo con lo que se había reconocido mediante la Resolución No. 44585 de diciembre 19 de 1991; reintegrar los valores correspondientes a los descuentos efectuados, debidamente indexadas; declarar que los dineros que se han reconocido por concepto de su pensión de jubilación en los términos descritos en la citada resolución los recibió de buena fe y por lo tanto, no debe devolver suma alguna, y disponer el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Como hechos que sustentan sus pretensiones expone los siguientes:

Laboró al servicio de la Empresa Puertos de Colombia – Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla y en otras entidades oficiales durante más de 27 años, situación que le permitió beneficiarse del plan de retiro voluntario dispuesto mediante la Ley 01 de 1991, el Acuerdo 022 de septiembre 11 de 1991 de la Junta Directiva Nacional de Colpuertos y la Resolución No. 805 de octubre 9 de 1991 proferida por el Gerente General de la misma, en los que se determinaron las condiciones de retiro y los beneficios prestacionales que se reconocieron y aplicaron y con base en ellos se reconoció a su favor la pensión de jubilación mediante Resolución No. 44585 de diciembre 18 de 1991, confirmada mediante Resolución No. 040187 de febrero 20 de 1992.

En el artículo 2º de la Resolución 805 de octubre 9 de 1991 se señala que las pensiones a que allí se alude se reajustarán anualmente en la forma establecida por la ley y tendrán un tope máximo de 17.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del retiro, consagración que ha sido

desconocida por la entidad demandada.

Después de 12 años de haber sido reconocida la prestación a su favor, la administración emitió y notificó la Resolución No. 0081 de marzo 13 de 2013 mediante la cual ajustó la pensión de jubilación al tope máximo autorizado, fundada en motivaciones falsas, toda vez que el reconocimiento de su pensión no tiene nada que ver ni con la Ley 71 de 1988 ni con la convención colectiva de trabajo, sino con un régimen especial derivado de la Ley 01 de 1991 y demás normas previamente citadas.

Contra la resolución antes mencionada se interpusieron los recursos de reposición y apelación que fueron resueltos mediante Resoluciones 005 de enero 5 de 2004 y 1316 de septiembre 9 de 2008, en las que se invocaron como fundamento, sentencias de las altas Cortes, decretos y leyes posteriores al momento en que adquirió el derecho pensional, dando una aplicación retroactiva a las mismas, lo que está prohibido, como principio general del derecho.

El tope máximo de 15 salarios mínimos consagrado en el artículo 2º de la Ley 71 de 1988 no le es aplicable, dado que su derecho pensional fue obtenido en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2318 de 1988 que no ha sido derogado ni modificado.

Si bien es cierto le corresponde al Congreso hacer las leyes, también lo es que la Ley 01 de 1991 otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para crear el Fondo del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, es decir, en virtud de tal disposición el ejecutivo adquirió la calidad de legislador extraordinario y todas las normas, decretos y reglamentaciones dictadas

bajo la investidura de las facultades extraordinarias tienen fuerza de ley, por mandato delegado por el Congreso de la República.

El monto inicialmente reconocido de su pensión fue revocado por la entidad demandada con base en fundamentos fraccionados de la sentencia de la Corte Constitucional que declaró condicionalmente inexecutable el artículo 19 de la Ley 797 de 2003.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada, por conducto de apoderada, contestó oportunamente la demanda y formuló oposición a las pretensiones.

Adujo que los actos acusados se expidieron con el objeto primordial de ajustar las mesadas pensionales al tope máximo previsto en la ley, y para el caso del demandante, el límite está dado por la Ley 71 de 1988, vigente al momento del reconocimiento de su pensión de jubilación.

Señaló que el Ministerio de la Protección Social, por conducto del Grupo interno ha adelantado un trabajo tendiente a la depuración de la nómina de los pensionados de las extintas Puertos de Colombia y Foncolpuertos, función que se asignó al Coordinador de Nómina en virtud de la Resolución No. 00219 de febrero 8 de 2000.

Aseguró que las resoluciones acusadas no pretenden desconocer derechos derivados de las negociaciones colectivas, ni omitir las mínimas prerrogativas laborales, sino que se trata de ajustar las situaciones individuales a

la Constitución y la ley, sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria, actuación derivada de los considerandos expuestos por el Consejo de Estado en sentencia de marzo 10 de 2005, expediente 4807-02, en la que se señaló que para ese efecto no había necesidad de acudir ante la autoridad judicial, máxime cuando el objeto de la actuación de la administración consiste en organizar y corregir los yerros en que incurrieron quienes tenían a su cargo el otorgamiento de las pensiones, en flagrante violación de la norma superior.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Sostuvo que de conformidad con lo previsto en el artículo 69 del C.C.A. la revocatoria directa de un acto administrativo que crea una situación de carácter particular y concreto debe estar precedida del consentimiento expreso y escrito del titular, a menos que hubiere sido obtenido por medios ilegales o que sea producto del silencio administrativo positivo.

Señaló que en el caso del demandante, mediante los actos acusados la entidad demandada decidió ajustar la pensión de jubilación del acto al tope máximo permitido por la ley; sin embargo, para ese efecto debió obtener el consentimiento expreso y escrito del actor, toda vez que el motivo de la revocación no consistió en que el reconocimiento del derecho allí concedido hubiera sido obtenido por medios ilegales, lo que configura la causal de expedición irregular que conlleva la ilegalidad de las decisiones cuestionadas.

Precisó que su pronunciamiento no aborda los temas relacionados

con las razones de fondo que llevaron a la administración a proferir los actos acusados, debido a que la administración previamente acató una sentencia proferida en un proceso ordinario laboral en el que se analizó el reajuste de la pensión del demandante y se concluyó que debía disminuirse la mesada pensional y debía devolver las suma de dinero por concepto de mesadas pagadas en exceso, lo que conlleva improcedente la pretensión de restablecimiento del derecho, toda vez que ya existe una decisión judicial en firme sobre la materia del restablecimiento pretendido.

LA APELACIÓN

Inconforme parcialmente con la sentencia del Tribunal, la parte demandante la apeló en la oportunidad procesal. Afirma que no hay lugar para que el a quo hubiera omitido pronunciarse en relación con el restablecimiento del derecho reclamado, máxime cuando el acto acusado en este proceso no tiene relación con la controversia a que se alude en la sentencia -que sirvió de soporte para omitir pronunciamiento sobre el restablecimiento-, la cual también está siendo objeto de control judicial por parte del Tribunal Administrativo de Popayán.

Asegura que en el estudio de pruebas y considerandos se observa que se ventilaron asuntos que no tenían ninguna relación con lo que se pretende en este proceso, máxime cuando los actos que aquí se acusan fueron expedidos en el año 2003 mientras que los que ordenaron ajustar su pensión corresponden al año 2009; por lo tanto, para la fecha de interposición de la demanda no existían. Tampoco existían los actos mediante los cuales se ordenó realizar cotizaciones al sistema de seguridad social y reintegrar los dineros girados por concepto de servicios médicos, los cuales también están siendo objeto de control de legalidad

en la jurisdicción contenciosa, pero son igualmente ajenos a esta controversia y no tienen que ser tenidos en cuenta para omitir un pronunciamiento acerca del restablecimiento del derecho pretendido.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de las Resoluciones Nos. 00081 de marzo 13 de 2003 “por la cual se ajusta la cuantía de una pensión al tope máximo autorizado”, 0005 de enero 5 de 2004 y 001316 de septiembre 9 de 2008, mediante las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación.

El argumento central del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante se funda en el hecho de que la sentencia de primera instancia omitió hacer pronunciamiento en relación con el restablecimiento del derecho pues, a juicio del Tribunal, tal aspecto ya se había definido en virtud de sentencia emitida por la jurisdicción ordinaria.

La controversia que nos ocupa se originó en la disminución del monto de la pensión reconocida a favor del demandante mediante Resolución No. 044585 de diciembre 18 de 1991¹, en cuanto se le ajustó al tope máximo establecido en la Ley 71 de 1988.

La anterior decisión fue tomada por el Grupo Interno para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia mediante Resolución No. 000081 de

¹ Folios 14 a 17.

marzo 13 de 2003², cuyas consideraciones se fundamentaron en el artículo 69 del C.C.A. en virtud del cual los actos administrativos deben ser revocados por los mismos funcionarios que los expedieron o por sus superiores jerárquicos, cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.

Así mismo, se invocó el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 que ordena a los representantes legales de las instituciones de seguridad social o a quienes respondan por su pago, verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos para los reconocimientos pensionales y se les facultó para que en el evento de comprobar el incumplimiento de los mismos, se procediera a la revocatoria directa de los actos que los ordenaron, aun sin el consentimiento del titular del derecho.

También citó sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, la primera de ellas se refiere al respeto de los derechos individuales que hayan sido adquiridos de conformidad con la ley, los cuales merecen protección y la segunda determinó que la revocatoria directa de los actos administrativos, en aplicación del artículo 69 del C.C.A., procede aun sin el consentimiento del titular en casos en que el acto se hubiere obtenido ilícitamente.

Se señaló que como mediante Resolución No. 000264 de mayo 3 de 2002 se ajustó a los topes máximos establecidos por la ley o la convención colectiva de trabajo las mesadas de 192 pensionados y se ordenó expedir actos administrativos individuales para cada uno de los afectados, entre ellos el demandante cuya pensión excedía el tope de 15 salarios mínimos previsto en la Ley 71 de 1988, ello daba lugar a ajustar su mesada y ordenar la devolución de

² Que constituye uno de los actos acusados y cuya copia obra de folios 38 a 40.

las sumas pagadas en exceso.

La resolución anterior fue recurrida en reposición y apelación por el demandante y resueltos los recursos desfavorablemente mediante Resoluciones Nos. 000005 de enero 5 de 2004³ y 001316 de septiembre 9 de 2008⁴.

El artículo 69 del Código Contencioso Administrativo consagra el deber que tienen los funcionarios que expiden un acto administrativo o sus superiores, de revocarlo de oficio o a solicitud de parte en tres eventos, a saber: i. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución o la Ley, ii. Cuando no estén conformes con el interés público o social o, atenten contra él o iii. Cuando con ellos se cause un agravio injustificado a una persona.

En la resolución acusada, la administración invocó el primer evento, es decir, por ser manifiestamente opuesto a la constitución o la ley, lo que quiere decir que hizo uso de una de las causales que autorizan la revocación.

No obstante, con la decisión de la administración se pretendía afectar una situación jurídica de carácter particular y concreto reconocida a favor del demandante mediante Resolución No. 44585 de diciembre 18 de 1991, en los términos y dentro del tope allí fijado; por lo tanto, la administración debió atender las previsiones del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo que exige:

“Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica particular y concreta o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.”

³ Folios 41 a 43.

⁴ Folios 44 a 50.

La administración basó la decisión de omitir tal procedimiento en lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, que es del siguiente tenor literal:

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

La disposición anterior fue objeto de control de constitucionalidad mediante Sentencia C-835 de 2003⁵ en que la Corte Constitucional consideró:

“En la misma perspectiva de la pregunta anterior debe observarse que no se puede tratar de cualquier incumplimiento de requisitos, toda vez que ante falencias meramente formales; o ante inconsistencias por desactualización de la información interna de las entidades correspondientes, respecto de las cuales **el titular del derecho o sus causahabientes no hayan realizado conductas delictivas, le compete al respectivo funcionario tomar de oficio las medidas tendientes al saneamiento de los defectos detectados**, haciendo al efecto acopio de los medios y recursos institucionales, sin perjuicio de la solicitud de información a terceros y, llegado el caso, al titular del derecho o a sus causahabientes. Por lo mismo, ni la Administración ni los particulares pueden extenderle a los titulares de las pensiones o prestaciones económicas los efectos de su propia incuria; así como tampoco darle trascendencia a aquello que no la tiene, tal como ocurriría, por ejemplo, con un pensionado que habiendo cumplido satisfactoriamente con todos los requisitos legales y reglamentarios, sin embargo, se le pretende cuestionar su derecho porque en la contabilización

⁵ Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

posterior del tiempo requerido, resultan dos días más o dos días menos de tiempo laborado, que en modo alguno modifican el requisito del tiempo que él ya demostró por los medios idóneos, llegando incluso a superar el tiempo exigido. Por consiguiente, **la comentada actuación, lejos de cualquier pretensión revocatoria de oficio, debe encaminarse hacia la depuración de la información que soporta la expedición y vigencia del acto administrativo de reconocimiento prestacional. En concordancia con esto, cuando de conformidad con la Constitución y la ley deba revocarse el correspondiente acto administrativo, será necesario el consentimiento expreso y escrito del titular, y en su defecto, el de sus causahabientes. De no lograrse este consentimiento, la entidad emisora del acto en cuestión deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.** (Resalta la Sala).

(...)

Cosa distinta ocurre cuando el incumplimiento de los requisitos aludidos esté tipificado como delito y la Corte señala claramente que basta con la tipificación de la conducta como delito, para que la administración pueda revocar, aunque no se den los otros elementos de la responsabilidad penal, de tal manera que en el evento de que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa o se halla comprobado el incumplimiento de los requisitos, basta con que sean constitutivos de conductas tipificadas por la ley penal, hipótesis en la cual se inscribe la **utilización de documentación falsa**, en conexidad o no con conductas tipificadas por la ley penal tales como el cohecho, el peculado, etc. Como que se trata de una circunstancia de ostensible ilegalidad, (...)

Desde 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. (El primer aparte en negrilla es de la Sala, mientras que el resaltado de la expresión “utilización de documentación falsa” es propio de la sentencia citada).

Por lo tanto, los motivos que dan lugar a la hipótesis revocatoria del artículo 19 no pueden entenderse de manera indeterminada, aislada, ni al margen del debido proceso. Antes bien, **la manifiesta ilegalidad**, tanto de las conductas reprochadas como de los medios utilizados para acceder a la prestación económica que se cuestione, debe probarse plenamente en el procedimiento administrativo que contemplan las prenotadas disposiciones, para lo cual el titular del derecho prestacional o sus causahabientes deberán contar con todas las garantías que inspiran el debido proceso en sede administrativa, destacándose el respeto y acatamiento, entre otros, de los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción; y por supuesto, imponiéndose el respeto y acatamiento que ameritan los términos preclusivos con que cuenta el funcionario competente para adelantar y resolver cada etapa o lapso procedimental. Así, la decisión revocatoria, en tanto acto reglado que es, deberá sustentarse en una ritualidad sin vicios y en una fundamentación probatoria real, objetiva y trascendente, en la cual confluyan de manera evidente todos los elementos de juicio que llevaron al convencimiento del funcionario competente para resolver. En conclusión, entre la parte motiva y la parte resolutoria del acto de revocatoria directa deben mediar relaciones de consonancia que estén acordes con los respectivos mandatos constitucionales y legales, particularmente, con el debido proceso, la legalidad de los derechos adquiridos y la defensa del Tesoro Público. Recordando además que, en materia de supresión de actos administrativos, no es lo mismo cuando interviene un funcionario administrativo que cuando interviene el juez; y que, **en todo caso, la revocatoria directa de un acto administrativo que reconoce una pensión o prestación económica sólo puede declararse cuando ha mediado un delito.** (Negrilla de la Sala).

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

Sólo 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.”

De la lectura completa y armónica de la sentencia previamente citada, mediante la cual se declaró exequible condicionalmente el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, se puede colegir sin dubitación alguna que como la presunta irregularidad encontrada por la administración en el acto de reconocimiento pensional del demandante, se circunscribía a establecer cuál era la norma aplicable para efecto del tope pensional -la que se tuvo en cuenta en la resolución que reconoció el derecho o la Ley 71 de 1988-, no se trataba de revocar un acto de un reconocimiento pensional en el que hubiera mediado un delito para su obtención, sino que era una cuestión de interpretación del derecho, de modo que la administración se debió someter al procedimiento y exigencias previstas en los artículos 73 y 74 del C.C.A., obteniendo el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho y adelantar una actuación administrativa en los términos de los artículos 38 y siguientes ídem para revocar directamente el acto o acudir a la jurisdicción contenciosa para que dirimiera el conflicto.

Sin embargo, como verificada la actuación de la administración se observa que con antelación a la decisión acusada no se solicitó el consentimiento escrito y expreso del titular de los derechos que se pretendían afectar constituidos en el acto de reconocimiento pensional -Resolución No. 044585 de diciembre 18 de 1991-, fuerza concluir que el acto administrativo de revocación incurrió en violación de la ley y expedición irregular, razón por la cual ha de confirmarse la sentencia de primera instancia que dispuso su anulación.

Ahora bien, en lo relativo al restablecimiento del derecho, el a quo consideró improcedente hacer pronunciamiento, dado que la definición del monto pensional a reconocer al actor fue objeto de pronunciamiento por parte de la

justicia laboral ordinaria, quien ordenó la devolución de las sumas pagadas en exceso por concepto de mesadas pensionales.

De la documental aportada al proceso se observa que, en efecto, de conformidad con los considerandos de la Resolución No. 000810 de junio 16 de 2010⁶ la justicia laboral ordinaria realizó un pronunciamiento judicial en torno a una reclamación hecha por el demandante contra la aquí demandada y tal resolución fue el resultado del acatamiento de la misma.

No obstante, de la lectura de la precitada resolución se puede concluir que la controversia que en ese asunto se dirimió consistió en la definición del derecho que pretendía el demandante en torno al reconocimiento y pago de turnos laborados, reajustes de primas de antigüedad, servicios y vacaciones, vacaciones y cesantías no tenidas en cuenta en su momento dentro del monto de la pensión de jubilación, controversia que en primera instancia fue decidida en forma favorable por el juez de conocimiento y ello originó el pago de las diferencias correspondientes, pero que fue revocada en segunda instancia y en acatamiento a ello, se ordenó ajustar la mesada y devolver las sumas pagadas por ese concepto.

Es decir, no existe identidad entre lo decidido en el referido proceso, cuyo acatamiento se produjo mediante la mencionada resolución y la controversia materia del sub iudice, cuyo objeto consiste en cuestionar la legalidad del acto que modificó el tope de la pensión.

La Sala precisa que a pesar de que en una y otra controversia se

⁶ Folios 206 a 209.

pretende definir el monto de la pensión de jubilación, la que dio origen a la Resolución 00810 de junio 16 de 2010 nació de la reclamación de factores adicionales que se solicitó incluir en la pensión, mientras que la que nos ocupa se refiere al tope pensional, cuestiones diferentes cuya definición, en principio, no se afectan la una a la otra, razón que da lugar a revocar parcialmente la decisión del a quo, en cuanto omitió pronunciarse en torno a la pretensión de restablecimiento del derecho, la cual se estudiará en los siguientes términos:

El restablecimiento del derecho, derivado de la pretensión de nulidad de un acto administrativo, en acciones de esta naturaleza, tiene como finalidad la de retrotraer las cosas a su estado anterior, al hacer cesar los efectos del acto declarado nulo.

Así entonces, declarada la nulidad del acto mediante el cual la administración modificó el tope pensional de la prestación reconocida al señor Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe en virtud de la Resolución No. 044585 de diciembre 18 de 1991, ello implica que las cosas vuelvan a su estado anterior, es decir, que el tope de la misma continúe en el porcentaje establecido en el acto de reconocimiento.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que la administración pueda iniciar las acciones administrativas o judiciales tendientes a lograr la modificación de ese tope, pero dentro del marco de la legalidad y del respeto a los derechos al debido proceso y defensa del titular del derecho y sin perjuicio de las demás modificaciones que tal prestación hubiese sufrido a causa de otras controversias (factores a incluir en la pensión o descuentos que por otros conceptos se hayan ordenado hacer a la prestación) y que se hayan ventilado o

estén en controversia en otros escenarios judiciales.

Obviamente, la declaración de nulidad del acto administrativo impide hacer efectiva la orden de devolución de diferencias pensionales allí ordenadas, pues no es viable ejecutar un acto administrativo que se ha declarado ilegal.

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

FALLA

REVÓCASE el numeral **Tercero** de la parte resolutive de la sentencia proferida por la Subsección de Descongestión Laboral del Tribunal Administrativo del Atlántico el 30 de noviembre de 2011, que negó la pretensión de restablecimiento del derecho en el proceso promovido por LUIS RAFAEL ABUCHAIBE ABUCHAIBE contra la Nación – Ministerio de la Protección Social – Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia.

En su lugar se dispone:

“**Tercero.-** Ordénase a la Nación – Ministerio de la Protección Social – Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia continuar reconociendo al demandante Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe la pensión de jubilación dentro del tope pensional aludido en el acto de reconocimiento, es decir, la Resolución No. 044585 de diciembre 18 de 1991, sin

perjuicio de las demás modificaciones que tal prestación hubiese sufrido a causa de otras decisiones administrativas o judiciales, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de esta providencia y, sin perjuicio de que la entidad pueda iniciar las acciones pertinentes para modificar el tope de la pensión.”

Confírmase en lo demás la providencia recurrida.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

TOPE PENSIONAL
REVOCATORIA DIRECTA DE ACTO

EXPEDIENTE No. 1133-12

ACTOR: Ministerio de la Protección Social – Pasivo Social de Puertos de Colombia

DEMANDADO: Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe

ACTOS ACUSADOS: Resoluciones 000081 de marzo 13 de 2003, mediante la cual se ajustó la cuantía de la pensión del actor al tope pensional ordenado en la Ley 71 de 1988, 00005 de enero 5 de 2004 y 01316 de septiembre 9 de 2008 mediante las cuales se resolvieron desfavorables los recursos de reposición y apelación.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL (Atlántico – Descongestión Dr. Mendoza Osorio):

Accedió a la nulidad y negó el restablecimiento del derecho.

PROYECTO DE DECISIÓN: (Confirma parcialmente) –

1. Mediante los actos acusados la entidad ajustó la pensión de jubilación del demandante al tope pensional previsto en la Ley 71 de 1988 (15 salarios mínimos) revocando la consagración que al respecto se había hecho en el acto que reconoció la pensión, que imponía un tope derivado de normas especiales que se habían dictado para los empleados de Puertos y Foncolpuertos (17.5 salarios mínimos).
2. La decisión respecto al tope pensional que se le venía aplicando al demandante no fue obtenida por medios ilegales, sino que proviene de la aplicación de normas que, en su momento, la administración consideró que lo cobijaban.
3. Como es una controversia de interpretación del derecho, la administración debió contar con el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho o acudir a la jurisdicción contenciosa con miras a obtener la nulidad del acto que dispuso un

tope pensional diferente, pero como no contó con ese consentimiento, se debe declarar la nulidad, por violación de la ley y expedición irregular, como lo dijo el a quo.

4. El a quo se abstuvo de acceder al restablecimiento del derecho, fundamentado en que existe una decisión judicial anterior en la que se definió el monto de la pensión.

5. Es cierto que hubo una decisión judicial anterior, pero ella se refirió a la inclusión de unos factores dentro de la mesada pensional y esta controversia se refiere al tope de la pensión; por lo tanto, es diferente; por tanto, se accede al restablecimiento ordenando la continuidad del pago de la pensión sujeta al monto que la cobijaba antes de la expedición del acto declarado nulo.

Proyectó: Deissy Dueñas

Revisó: Martha Yaneth González