



200 / 20

Radicado 130013333003-2017-00011-01

Cartagena de Indias, D. T y C, dos (2) de abril de dos mil dieciocho (2018)

<b>Medio de control</b>	<b>TUTELA</b>
<b>Radicado</b>	<b>130013333003-2018-00011-00</b>
<b>Accionante</b>	<b>FERNANDO VIVES ROBAYO, JULIO ANTONIO LUNA RAMOS Y SIMOÓN BOSSA VEGA</b>
<b>Accionada</b>	<b>MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO</b>
<b>Vinculado</b>	<b>COLPENSIONES</b>
<b>TEMA</b>	<b>DESCUENTOS DE NÓMINA VALORES PAGADOS EN EXCESO- COMPARTIBILIDAD DE PENSIÓN -ALCALIS Y COLPENSIONES.</b>
<b>Magistrada Ponente</b>	<b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>

Procede la Sala Fija de Decisión No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha trece (13) de febrero de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió la solicitud de amparo.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

#### 1.1 Hechos relevantes planteados por la parte accionante

1.1.1 Los señores FERNANDO VIVES ROBAYO, JULIO LUNA RAMOS y SIMÓN BOSSA VEGA, prestaron sus servicios a la extinta empresa Alcalis de Colombia LTDA y en razón de ello se les reconoció pensión de jubilación, en los siguientes términos:

- Al señor VIVES ROBAYO, a partir del día 10 de julio del año 1.986, en cuantía inicial de \$123.471.78.
- Al señor LUNA RAMOS, a partir del 26 de enero del año 1.997, en cuantía inicial por valor de \$328.528.93.
- Al señor BOSSA VEGA, a partir del día 14 de diciembre del año 1.992, en cuantía inicial de \$ 429.595.94.

1.1.2 Con posterioridad, el extinto ISS, les reconoció pensión de vejez, así:

- Al señor VIVES ROBAYO, a partir del día 22 de julio de 1995, en cuantía inicial de \$546.934.00.
- Al señor LUNA RAMOS, a partir del 16 de enero de 2004, en cuantía inicial por valor de \$614.029.00.
- Al señor BOSSA VEGA, a partir del día 18 de septiembre de 2002, en cuantía inicial por valor de \$1.823.306.00.

1.1.3 En virtud de lo anterior y de la compartibilidad pensional, Alcalis quedó obligada únicamente a cubrir la diferencia por el mayor valor



**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

respecto de la prestación que venía reconocida con anterioridad, de la siguiente forma:

- Al señor VIVES ROBAYO, como para el año 1995, la prestación inicial ascendía a \$759.632, debía cubrirle la suma de \$ 212.698.00.
- Al señor LUNA RAMOS, como para el 2004, la prestación inicial ascendía a \$1.369.198.00, debía cubrirle la suma de \$755.169.00.
- Al señor BOSSA VEGA, como para el 2002, la prestación inicial ascendía a \$2.059.390.00, debía asumir el pago de \$ 236.084.00.

**1.1.4** Acudieron a la Jurisdicción Ordinaria Laboral que mediante sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada ordenó la reliquidación de la pensión que el ISS les reconoció, así:

- A través de Sentencia de fecha 8 de agosto de 2008, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena, ordenó reliquidación pensional en favor del señor VIVES ROBAYO, por valor de \$830.056.00.
- Con Sentencia de fecha 20 de abril de 2012, se ordenó reliquidación pensional en favor del señor LUNA RAMOS por el monto de \$745.416.00.
- El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena — Sala Laboral, mediante sentencias judiciales, ordenaron reliquidación pensional en favor del señor BOSSA VEGA en cuantía de \$ 2.042.592.00.

Con dichos reconocimientos, se generaron consecuentes retroactivos a favor de los aludidos ciudadanos.

**1.1.5** En cumplimiento de los referidos fallos, el Instituto de Seguros Sociales (hoy COLPENSIONES), profirió la Resolución No. 0003996 de Abril 18 del año 2.012, la Resolución No. GNR 252914 de fecha Agosto 29 del año 2.016 y la Resolución No. GNR 261784 de fecha Agosto 28 del año 2.015.

**1.1.6** Años después, el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, a través de oficios, informó a los accionantes que debían reintegrar unas sumas de dinero, en atención a lo señalado a continuación:

-FERNANDO VIVES ROBAYO: \$25.229.688.00 por doble cobro de pensión en el periodo 22 de Julio de 1.995 a 31 de diciembre de 2.016, pues las diferencias de mesadas de mayor valor debieron ajustarse a la suma de \$78.739.00.00 a partir del 22 de julio de año 1.995, en virtud de la reliquidación de la pensión de vejez ordenada judicialmente.

-JULIO LUNA RAMOS: \$31.524.438.00 por el doble cobro de pensión en el periodo 26 de enero del 2.004 a 31 de diciembre del 2.016, pues las diferencias de mesadas de mayor valor se debieron ajustar a la suma de \$623.782.00 a partir del 26 de enero del 2.004, en virtud de la reliquidación de la pensión de vejez ordenada judicialmente.



**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

-SIMÓN BOSSA VEGA \$64.410.480.00 por doble cobro de pensión en el periodo 18 de septiembre del año 2.002 a 31 de diciembre del 2.016, pues las diferencias de mesadas de mayor valor se debieron de ajustar a la suma de \$ 16.798.00 a partir del 18 de septiembre del 2.002, en virtud de la reliquidación de la pensión de vejez ordenada.

- 1.1.7** Los actores son personas de la tercera edad con los siguientes años cumplidos:  
-FERNANDO VIVES ROBAYO: 82 años  
-JULIO LUNA RAMOS: 74 años  
-SIMÓN BOSSA VEGA: 75 años
- 1.1.8** El señor FERNANDO VIVES ROBAYO tiene un delicado estado de salud, debido a que presenta las patologías de: (I) Diabetes Mellitus Insulinodependiente con complicaciones múltiples, (II) Hipertensión Arterial, (III) Insuficiencia renal crónica e (IV) Hiperplasia de la próstata.
- 1.1.9** Ninguno de los accionantes cuenta con ingresos distintos a su pensión, que es el sustento para sus necesidades y las de sus esposas.
- 1.1.10** No ha mediado orden judicial, ni consentimiento alguno por parte de los accionantes, para que se efectúen descuentos encaminados a cubrir las sumas de dinero que presuntamente están obligados a restituir, sin embargo, el MINISTERIO pretende hacerlo de forma unilateral.

## **1.2 Pretensiones:**

**1.2.1** Dejar sin efectos jurídicos Inter partes los siguientes oficios, proferidos por la Coordinación Grupo Talento Humano del MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO:

- GTH - 4936 de fecha diciembre 5 del 2.016, GTH - 3290 de fecha marzo 1, GTH - 4627 de septiembre 25, y, GTH-4779 de octubre 24 del 2.017.
- GTH -4941 de fecha diciembre 5 del 2.016, GTH - 3252 de Febrero 27, GTH - 4592 de septiembre 15, y, GTH-4867 de noviembre 17 del 2.017.
- GTH-4988 de fecha Diciembre 5 del año 2.016, GTH -4112 de Junio 29, GTH- 4261 de Julio 27, y, GTH-4412 de Agosto 24 del año 2.017

**1.2.2** Como consecuencia de ello, la entidad Ministerial accionada se abstenga de realizar descuentos, deducciones o retenciones sobre las mesadas pensionales de mayor valor que perciben los accionantes, al no mediar orden judicial que lo disponga ni mucho menos consentimiento o autorización expresa de los pensionados.

**1.2.3** Se envíe a los pensionados un nuevo comunicado en el cual se les indique un nuevo estado de cuentas sobre las mesadas pensionales



**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

eventualmente adeudadas, aplicando consigo el fenómeno jurídico de la PRESCRIPCIÓN con fundamento en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

**1.2.4** Ordenar al MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, acudir ante el juez natural para iniciar las acciones legales pertinentes, en el marco de las cuales deberá convocar a COLPENSIONES, para que sustente en un estado de cuentas, las mesadas pensionales que le han sido pagadas a los pensionados y que no fueron presentadas por esta entidad.

**1.2.5** Ordenar al MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO reintegrar y pagar a los actores las mesadas pensionales que hayan sido objeto de retenciones y deducciones de forma unilateral.

**1.2.6** Constatar el acatamiento a lo resuelto concediendo a la entidad tutelada MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, para todos los efectos, un término de 48 horas, a partir de la notificación de la sentencia.

**1.2.7** Prevenir al MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, en que el desacato a la orden judicial genera sanciones penales y disciplinarias de Ley.

**1.2.8** Exhortar al MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, para que en lo sucesivo no vuelva a suspender unilateralmente el pago de las mesadas pensionales a los actores.

## **2. Actuación procesal relevante**

### **2.1 Admisión y notificación**

La solicitud de amparo se admitió mediante auto de fecha treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018)<sup>1</sup>, en el que se dispuso tener como accionado al Ministerio de Comercio Industria y Turismo y vincular a COLPENSIONES, para el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción se ordenó su notificación y se les concedió el término de dos (2) días contados a partir de la notificación para rendirán el correspondiente informe sobre los hechos que motivaron la acción.

Las notificaciones ordenadas se efectuaron mediante el envío de mensajes de datos<sup>2</sup>, siendo recibidas en debida forma.

### **2.2 Informe rendido**

#### **2.2.1 COLPENSIONES<sup>3</sup>**

<sup>1</sup> Folios 130

<sup>2</sup> Folios 131 al 133

<sup>3</sup> Folios 135 al 140



**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

Solicita que se estime su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo señalado en el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012.

Respecto de los hechos, manifiesta que está cancelando en debida forma la parte que le corresponde pagar a cada uno de los accionantes lo que se puede observar en los certificados de pensionados del mes de enero de 2018, en los que se aprecia que: i) FERNANDO VIVES ROBAYO recibe por parte de la Administradora la suma de \$2.778.625, deduciéndosele únicamente lo destinado a la salud a favor de la E.P.S Coomeva, de la cual es afiliado; ii) JULIO ANTONIO LUNA RAMOS recibe por parte de la entidad \$755.151, debido a que se le hacen deducciones por tres préstamos a su cargo, y ii) SIMÓN BOSSA VEGA recibe por parte de la Administradora la suma de \$3.849.757, con deducciones únicamente por concepto de salud.

En consecuencia, aduce que los afiliados se encuentran ACTIVOS en su base de nómina de pensionados, y que por lo tanto, no está vulnerando ningún derecho fundamental, sino que por el contrario, está cumpliendo a cabalidad con sus responsabilidades frente a cada uno de ellos.

Estima, que no se encuentra facultada para satisfacer las pretensiones de los actores, con fundamento en que el marco de sus competencias está limitado por lo dispuesto en el Decreto 2011 de 2013, el cual determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, y que según lo previsto en el cuerpo normativo precitado, legalmente puede asumir asuntos relativos a la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional.

Argumenta también, el desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela, en el entendido de que según el numeral 4° del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, toda controversia que se presente en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras, deberá ser conocida por la Jurisdicción Ordinaria Laboral. En ese orden, considera que los accionantes deben agotar los procedimientos judiciales dispuestos por el legislador y no elevar sus peticiones vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, máxime cuando la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que es improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas.

Por último, resalta que en el presente caso no se ha logrado demostrar la eventual amenaza u ocurrencia de un perjuicio irremediable, por lo que tampoco sería posible acceder a una protección transitoria.



Radicado 130013333003-2017-00011-01

## **2.2.2 MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO<sup>4</sup>**

Solicita que se deniegue de plano todo lo pretendido por los accionantes en su escrito de tutela, y, en especial, con respecto a esa entidad.

Cimienta lo anterior, afirmando que sus actuaciones se dieron bajo el amparo de la ley, pues los actos administrativos que expidió y mediante los cuales se les declaró a los actores como deudores de los recursos de la Nación, fueron proferidos en cumplimiento de las obligaciones de orden legal contenidas en el Decreto 2601 de 2009 (Administrador temporal de la nómina de pensionadas de la extinta Alcalis de Colombia), y además se remitió una propuesta de pago, que fue ignorada por los accionantes.

Señala que en los actos administrativos se especificó que la suspensión de una parte del pago del mayor valor de la mesada pensional de los accionantes, se produjo por el hecho de que solicitaron ante el extinto Seguro Social, una reliquidación de su pensión de vejez, obteniendo a su favor pagos injustificados. Esto último por cuanto es bien sabido, que los aumentos económicos que sufren las pensiones de vejez, recaen directamente sobre el mayor valor a cargo de la entidad jubilante, precisamente por tratarse de pensiones compartidas en virtud del Decreto 758 de 1990, y que el retroactivo que se genere de cualquier reliquidación corresponde a la entidad que otorgó la pensión de jubilación.

Por lo anterior, estima que es su obligación proceder administrativamente a recuperar los dineros que la entidad jubilante canceló por efectos de cotizaciones al Sistema Pensional por los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, los cuales se realizaron cumplidamente durante toda la relación laboral con los aquí accionantes.

Asevera que, en el asunto se encuentra probado que los accionantes actuaron de mala fe al omitir deliberadamente dar la información pertinente sobre la reliquidación que solicitaron ante el ISS hoy COLPENSIONES, obligación que se les impuso a los pensionados desde el mismo acto de reconocimiento de la pensión de jubilación, pues se les manifestó sobre el carácter compartido de las prestaciones económicas que se les reconocieron y además, se plasmó que su último empleador era la extinta Alcalis de Colombia, quedando así establecido que el retroactivo estaría a cargo de esta última.

En este sentido, considera que es fácil determinar que tanto el ISS (hoy COLPENSIONES), como los Juzgados Laborales de Cartagena y los mismos accionantes obraron de manera equívoca y sin ninguna clase de justificación jurídica, al impedir que el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, hicieran parte de los procesos laborales en los que se ordenaron las reliquidaciones pensionales, precisamente por las cotizaciones que efectuó la extinta Alcalis de Colombia y por ser la entidad que paga las mesadas pensionales a cargo de la liquidada empresa.

<sup>4</sup> Folios 145 al 149





Radicado 130013333003-2017-00011-01

En cuanto a la presunta violación de los derechos fundamentales al Debido Proceso, Vida, Salud y Mínimo Vital, se pronunció diciendo que no aparece demostrada con suficiencia, pues a los accionantes se le comunicó oportunamente sobre las acciones administrativas tendientes a recuperar las sumas de dinero que por doble cobro pensional les fueron entregadas indebidamente, sin embargo, decidieron ignorar los requerimientos efectuados.

Finalmente, manifiesta que, en el presente caso los accionantes cuentan con el medio idóneo para reclamar su derecho, como lo es el adelantamiento de las acciones contenciosas administrativas y/o medios de control para perseguir la anulación de los actos administrativos que se expidieron en razón de recuperar los montos económicos productos del doble cobro pensional, pero contrario a ello, decidieron ignorar los requerimientos realizados oportunamente. Por lo tanto, a su juicio, no es de recibo que se pretenda instrumentalizar la acción de tutela, con el único propósito de eximirse de responsabilidad frente al doble cobro pensional, que está más que demostrado en el presente caso.

### **2.3 Sentencia de Primera Instancia<sup>5</sup>**

Mediante sentencia de fecha trece (13) de febrero de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió de manera transitoria el amparo deprecado respecto del MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, ordenando suspender cualquier descuento, deducción o retención sobre las mesadas pensionales que perciben los accionantes, dispuestos por dicha entidad en los Oficios Números GTH —4936 de fecha diciembre 5 de 2016, Oficio GTH — 3290 de 1º de marzo de 2017, Oficio GTH — 4627 de 25 de septiembre de 2017, Oficio GTH 4779 de 24 de octubre de 2017; esto hasta tanto exista un pronunciamiento de fondo por parte de la Justicia Ordinaria Laboral. De igual forma, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de COLPENSIONES y ordenó al MINISTERIO acudir a la Jurisdicción Ordinaria a iniciar el proceso respectivo, sin indicar cuál.

Para sustentar su decisión, la A quo sostuvo que los accionantes son personas de la tercera edad, que no cuentan con otro medio de subsistencia y que en el caso del señor FERNANDO VIVES ROBAYO, se tiene que presenta un cuadro clínico complejo. En esa medida, estima que no es necesario allegar mayor información con fines de acreditar la existencia de un perjuicio irremediable, pues se está en presencia de sujetos de especial protección.

A juicio de la falladora de primera instancia, el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO obró en contravía del ordenamiento constitucional, pues ante el hecho de que las mesadas pensionales de los actores habían sido reliquidadas en virtud de sentencias debidamente notificadas y

<sup>5</sup> Fls. 227 al 235





**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

ejecutoriadas, debía utilizar todos los mecanismos judiciales pertinentes para salvaguardar los derechos defendidos.

Además, consideró que si bien la entidad bajo función reglada, puede acudir a la revocatoria directa como instrumento principal para revocar sus actos administrativos, esta competencia está limitada por los derechos fundamentales y garantías procesales de las personas.

Estima así mismo, que el MINISTERIO al no acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral vulneró el derecho fundamental del debido proceso, con el agravante que son personas de especial protección, por encontrarse en la tercera edad y no contar con otro medio de subsistencia más que su mesada pensional, que abruptamente se vería mermada, afectando así su mínimo vital.

De igual forma, resalta que con las decisiones adoptadas por el MINISTERIO, se viola el principio de la confianza legítima, pues la reliquidación de pensión de vejez de los accionantes fue debatida ante la Justicia Ordinara Laboral y con esto se hace también evidente la vulneración de los derechos al mínimo vital, pago oportuno y completo de la pensión, destacándose el hecho de que se trata de descuentos ostensiblemente elevados.

La A quo, estima que si bien el presente caso debe ser dirimido por la Justicia Ordinaria, lo cierto es que es palpable la vulneración de derechos fundamentales y que se trata de personas que por pertenecer a la tercera edad cuentan con especial protección, además de que se les ha impuesto una orden de descuento en su mesada pensional sin mediar decisión judicial.

Se refiere a la solicitud de devolución de las sumas de dinero descontadas, indicando que no se vislumbra una afectación del mínimo vital de los accionantes, a excepción del caso del señor LUNA RAMOS, quien conforme a la certificación pensional allegada, recibe una suma inferior al salario mínimo legal vigente al momento de presentación de la acción, pero en todo caso, este no es el medio para proceder a ordenar el pago o reintegro de dineros.

Finalmente, señala que en el caso sub judice, se evidencia una falta de legitimación en la causa por pasiva de COLPENSIONES, pues es el MINISTERIO DEL COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO quien debe acatar las medidas de protección, por haber sido quien profiriera el acto que reconoció la pensión a los accionantes y quien ordenó los descuentos pensionales mediante los Oficios Números GTH — 4936 de fecha diciembre 5 de 2016, Oficio GTH — 3290 de 1º de marzo de 2017, Oficio GTH —4627 de 25 de septiembre de 2017, Oficio GTH 4779 de 24 de octubre de 2017 objetos del litigio.





Radicado 130013333003-2017-00011-01

## 2.4 Impugnación<sup>6</sup>

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, solicitó revocar la sentencia y en su defecto se declare que no existe vulneración de derechos fundamentales.

Para sustentar lo anterior, reitera los argumentos expuestos en la contestación, agregando que en la sentencia recurrida se enaltecó el debido proceso judicial, desestimando que existe uno de orden administrativo, que fue el que se aplicó legalmente en el caso de los accionantes desde el momento en que la entidad tuvo pleno conocimiento de las reliquidaciones ordenadas por la Justicia Laboral.

En cuanto al señor VIVES ROBAYO, indica que expidió una serie de comunicaciones a las que hizo caso omiso o dio respuesta negativa, siendo la primera de 5 de diciembre de 2016 y transcurrido un año desde el primer requerimiento, pretende con el beneplácito de una acción de tutela desconocer sus obligaciones frente a los dineros que por doble cobro pensional, fueron apropiados indebidamente.

Considera entonces, que el hecho de que en proceso ordinario laboral se haya ordenado reliquidación pensional, no es óbice para entender que la figura de la compartibilidad pensional que oportunamente se estableció desde el mismo acto de reconocimiento de la pensión de jubilación, haya quedado diezmada u obsoleta frente al amplio respaldo legal y constitucional que ostenta en nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, a su juicio era deber de la Nación proceder administrativamente a recuperar los dineros adeudados como efectivamente lo hizo, más aun cuanto está plenamente demostrado que en aras de garantizar el debido proceso administrativo del mencionado ciudadano, se prohirieron varias comunicaciones, a saber: GTH 3290 del 01 de marzo de 2017, GTH 4627 del 25 de septiembre de 2017 y GTH 4779 del 24 de octubre de 2017.

Respecto del señor LUNA RAMOS, manifiesta que también le remitió una serie de comunicados: i) GTH 4941 del 05 de diciembre de 2016, ii) GTH 3252 del 27 de febrero de 2017, iii) GTH 4592 del 15 de septiembre de 2017 y iv) GTH 4867 del 17 de noviembre de 2017. En cuanto al señor BOSSA VEGA, indica que expidió las comunicaciones: i) GTH 4988 del 05 de diciembre de 2016, ii) GTH 4112 del 29 de junio de 2017, iii) GTH 4261 del 27 de julio de 2017 y iv) GTH 4412 del 24 de agosto de 2017.

Por otro lado, persiste en la tesis de que los accionantes actuaron de mala fe, pues omitieron deliberadamente la entrega de la información pertinente sobre la reliquidación que solicitaron ante el ISS hoy COLPENSIONES. Además que siendo la pensión de jubilación la que sufrió menoscabo económico, producto de la reliquidación otorgada por el Régimen de Prima Media con

<sup>6</sup> Folios 242 al 247





**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

Prestación Definida, mientras los accionantes disfrutaban de una mesada de vejez reliquidada por orden judicial, el MINISTERIO, precisamente por el desconocimiento de estas circunstancias, les cancelaba un mayor valor al que no tenían derecho.

Enfatiza en que los hoy actores, no fueron capaces de remitir las resoluciones que dispusieron la reliquidación de sus pensiones, muy a pesar de los requerimientos efectuados, y aun así pregonan en el presente trámite que existió buena fe, pero las pruebas dan cuenta de otra cosa. Así mismo, sostiene que el ser personas de la tercera edad no les exonera del cumplimiento de sus obligaciones y mucho menos les faculta para hacerse los desentendidos y neófitos a los requerimientos administrativos realizados por la Nación, tratando de desviar el actuar administrativo, instrumentalizando de paso la acción de tutela.

Cuestiona que en el fallo impugnado se señala que la única alternativa con que cuenta la entidad es acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, pero se pregunta: ¿en dónde queda la discrecionalidad y potestad administrativa de la administración pública, lo mismo que el principio de igualdad, ya que el 80% de las pensiones de la extinta Alcalis son compartibles, y según la A quo los únicos exonerados de esta medida serán los aquí accionantes, a quienes se les está beneficiando con la decisión de ordenar suspender los descuentos de valores económicos adeudados?.

Adicionalmente, considera que actualmente la tercera edad defendida en el fallo de tutela, está respaldada por las mesadas que reciben los actores, pues a pesar de los descuentos que se están realizando, y que según la falladora de primera instancia deberían ser autorizados judicialmente, tienen mesadas suficientes que no todas las personas de su edad ostentan. Así, ya con las deducciones efectuadas por doble cobro, los actores reciben lo siguiente: i) FERNANDO VIVES ROBAYO, por COLPENSIONES una suma plena de \$3.033.351 y por parte del MINISTERIO, en el mes de enero un mayor valor de \$880.047; ii) JULIO ANTONIO LUNA RAMOS, por COLPENSIONES \$1.361.452, y por el MINISTERIO, en el mes de enero un mayor valor de \$549.745, y iii) SIMÓN BOSSA VEGA, por COLPENSIONES \$4.250.483 y por el MINISTERIO, en el mes de enero un mayor valor de \$30.754. Debiéndose tener en cuenta, que estos montos varían en razón de los distintos beneficios económicos adicionales que en determinados meses del año perciben.

A lo anterior, agrega que los actores se les deducen cotizaciones en salud tanto por COLPENSIONES como por el MINISTERIO, y al estar afiliados al Sistema de Salud por parte de la entidad jubilante y el régimen de prima media, no parecen tener tropiezos en su tercera edad, y menos, en las patologías médicas descritas en el fallo de tutela.

También manifiesta que los retroactivos pensionales de la reliquidación de la prestación económica de vejez, fueron entregados de manera total, no fraccionada, como se pretende recuperar administrativamente y que los accionantes se limitan a endilgar reproche a la obligación legal y constitucional que tiene el MINISTERIO para proceder a recuperar los dineros



**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

adeudados, pero nada informan de las mesadas pensionales que disfrutaban por parte de COLPENSIONES.

Por otro lado, frente a la afirmación de que se están tratando de recuperar dineros que fueron reconocidos de tiempo atrás, precisa que una reliquidación pensional no corresponde a un nuevo reconocimiento pensional, pues su materialización obedece al reconocimiento inicial que surgió por las cotizaciones que la entidad jubilante efectuó en la vigencia de la relación laboral.

Por último, señala que es necesario que se haga un estudio minucioso del requisito de inmediatez, habida cuenta de que desde la fecha en que se remitió la primera y segunda comunicación a los accionantes (fueron 4 las comunicaciones), pasaron más de 9 meses, sin que los mismos manifestaran nada acerca del doble cobro pensional por el cual fueron requeridos, lo que lleva a pensar que tal pasividad fue consentida por el fallo recurrido. De igual forma, estima que no puede perderse de vista el hecho de que los actores cuentan con un mecanismo idóneo de defensa judicial como lo son los medios de control contencioso administrativos.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. La competencia**

Conforme lo establecen los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena.

### **2. Legitimación en la causa**

#### **2.1 Por activa**

Los señores FERNANDO VIVES ROBAYO, JULIO ANTONIO LUNA RAMOS y SIMÓN BOSSA VEGA, como titulares de los derechos fundamentales invocados como vulnerados, tiene legitimación en la causa por activa para acudir en sede de tutela a fin de reclamar la protección de los mismos, directamente o a través de apoderado, tal y como lo hicieron en el presente caso, conforme al poder obrante a folios 33 a 36 del expediente.

#### **2.2 Por pasiva**

La accionada, MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, está legitimada por pasiva, conforme al artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, al ser la entidad a la que se le endilga la vulneración de los derechos fundamentales de la actora.

No ocurre lo mismo con COLPENSIONES, la cual no está directamente relacionada con la vulneración de los derechos fundamentales que los



**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

actores aducen como vulnerados, razón por la cual le asiste razón a la juez de primera instancia al declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva; decisión que será confirmada.

### **3 Problema jurídico.**

En consideración a una lectura de los hechos y pretensiones que motivan la impugnación, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

*¿Debe revocarse la sentencia de tutela de primera instancia porque la solicitud de amparo no reúne los requisitos de subsidiariedad e inmediatez?*

En caso de que el anterior interrogante sea resuelto en forma negativa habrá de determinarse sí :

*¿La sentencia de primera instancia se debe confirmar y sí las órdenes emitidas por la Aq-uo se deben mantener o modificar para la protección afirmativa de los derechos fundamentales de los actores?*

### **4 Tesis de la Sala**

La Sala revocara la decisión de primera instancia, por cuanto, no están reunido el requisito de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos; pues los actores cuentan con una vía judicial idónea y eficaz para ventilar sus pretensiones, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de la cual podrán solicitar la suspensión de los efectos de los actos administrativos. Además no demostraron estar ante un perjuicio de naturaleza inminente, urgente y grave que amerite que la tutela sea el mecanismo impostergable en virtud de dicha urgencia y gravedad.

### **5 Marco jurídico y jurisprudencial.**

#### **5.1 Generalidades de la acción de tutela**

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.



**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

-La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable

- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

**5.2 Del deber de agotar un procedimiento administrativo con antelación a disponer la suspensión o reducción del monto de la pensión.**

Al respecto, en Sentencia T-344 de 2010, la H. Corte Constitucional precisó:

*"... Se adujo que el Ministerio de la Protección Social les había suspendido la mesada pensional que, en su momento, había sido reconocida por la extinta Empresa Puertos de Colombia, sin previo aviso y sin que se hubiere adelantado actuación administrativa alguna, con el argumento de que el Instituto de Seguros Sociales les había reconocido la pensión de vejez. Para resolver el problema jurídico propuesto, La Corte aludió al derecho fundamental al debido proceso administrativo (art. 29) y a su expresión en el proceso de revocatoria directa, para concluir que en estos casos -antes de suspender el pago de la respectiva mesada pensional- se debería (i) comunicar al beneficiario de la prestación el inicio a una actuación administrativa con este fin, (ii) citar a todos los interesados y darles la oportunidad de solicitar, allegar y controvertir todas las pruebas y (iii) motivar y poner en conocimiento de los interesados la decisión respectiva, indicándoles -de ser el caso- los recursos que proceden contra la misma. A partir de estas cuestiones, la Corte reprochó la actuación del Ministerio de la Protección Social en el caso objeto de estudio..."*

**5.3 Sobre la figura de la comparabilidad pensional.**

En sentencia T-618 de 2017, la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. ALEJANDRO LINARES CANTILLO, sobre este tema precisó las siguientes subreglas:

*"32. En conclusión, la figura de la comparabilidad pensional cuenta con fundamento constitucional en el artículo 128 de la Constitución para el caso de las entidades públicas y de uno legal, en relación con los empleadores del sector privado. Así, con sustento en el artículo 18 del Decreto 758 de 1990 que disponía su regulación, es necesario precisar que la comparabilidad se da cuando una empresa del Estado o un particular reconoce una pensión que cubre el riesgo de vejez -extralegal o convencionalmente-, hasta que la entidad de seguridad social le reconoce la pensión de vejez, caso en el cual el ex empleador sólo deberá proceder a pagar el mayor valor de la pensión, si este fuera el caso.*





**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

La Corte Constitucional ha establecido que, en estos supuestos, es indispensable considerar: (i) la obligación de garantizar que la decisión que da lugar a la figura de compartibilidad se sustente en un criterio objetivo que así lo indique y que, de ser el caso, determine el mayor valor a pagar (sic) parte del ex empleador; (ii) el silencio del beneficiario en informar el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del fondo pensional no es suficiente para presumir la mala fe, a menos que esta obligación hubiere quedado consignada de forma explícita o que existieran serios indicios acerca de que se podría tratar de un caso de fraude al sistema; (iii) cuando en el acto administrativo o de un particular, que reconoció la pensión extralegal o convencional, exista claridad de que se trata de una pensión sujeta a la compartibilidad, el empleador conserva la facultad de declararla; (iv) el antiguo empleador deberá considerar, en el proceso de cobro, la actuación de buena fe de las personas que percibieron pagos respecto de los cuales no tenían derecho, por lo cual no se podrá afectar su mínimo vital y tendrá que valorar su situación económica, la esperanza de vida, el monto de lo reclamado y la posibilidad de acordar una forma de pago, y (v) es exigible el agotamiento de un procedimiento antes de disponer la suspensión o reducción del monto de la pensión.

#### **5.4 El procedimiento administrativo de cobro coactivo y los mecanismos de defensa al alcance de los asociados**

En sentencia T- 412 de 2017, la Corte Constitucional, sobre el procedimiento administrativo de cobro coactivo, precisó:

*"...Como quiera que, de acuerdo con el artículo 125 Superior la función administrativa está al servicio del interés general y se rige, entre otros, por los principios de eficacia, economía y celeridad, el ordenamiento jurídico le concedió la facultad de cobro coactivo a algunas autoridades públicas. El procedimiento administrativo de cobro coactivo se ha definido por la jurisprudencia constitucional como:*

*"un privilegio exorbitante de la Administración, que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, de las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesiten con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales."**[43]***

*Dicha prerrogativa de la administración, a su vez, se consagra como obligación para algunas autoridades públicas. En efecto, el artículo 98 del CPACA le impuso el deber de recaudar las obligaciones creadas en su favor y que consten en documentos que presten mérito ejecutivo a: (i) los órganos, organismos o entidades estatales; (ii) las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o*



**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

superior al 50% de su capital; y (iii) los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

En la medida en que la facultad en mención pone a la autoridad en una posición -juez y parte- que rompe el equilibrio que se alcanza en un proceso judicial como consecuencia de la intervención de un tercero neutral, el ejercicio de cobro coactivo corresponde a una actuación reglada, regida por las normas especiales establecidas para cada entidad o, en su defecto, por las previsiones correspondientes del Estatuto Tributario y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.[44]

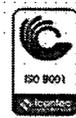
En relación con el ejercicio del derecho de defensa en el marco del proceso coactivo es necesario destacar que, de un lado, las reglas especiales establecen las particularidades del trámite, las cuales constituyen el marco de acción de la entidad y cuya observancia demarca la garantía del debido proceso y, de otra parte, las actuaciones de la autoridades administrativas pueden ser controvertidas ante la jurisdicción contencioso administrativa. En efecto, el artículo 101*ibídem* prevé el control jurisdiccional, el cual se puede impulsar con respecto al acto que constituye el título ejecutivo, el que decide las excepciones a favor del deudor, el que ordena llevar adelante la ejecución y el que liquide el crédito.

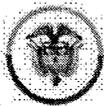
De manera que existen diversas disposiciones que demarcan la actuación que se debe seguir en el ejercicio de la facultad de cobro coactivo y que constituyen los parámetros para determinar el respeto del derecho al debido proceso.

18.- Advertido el carácter reglado de la facultad de cobro coactivo, la jurisprudencia constitucional ha considerado los medios de defensa al alcance de los asociados en el marco de los procesos coactivos para la determinación del cumplimiento del requisito de subsidiariedad. Por ejemplo, en la **sentencia T-939 de 2012**[45] en la que se estudió la solicitud de amparo formulada en contra del mandamiento de pago y las medidas cautelares de embargo decretadas en un proceso coactivo adelantado por la DIAN en contra de los socios de una persona jurídica para obtener el pago de los impuestos adeudados por la sociedad, la Corte determinó la garantía del debido proceso, debido a que:

"los accionantes, con conocimiento pleno de las actuaciones de la DIAN, dirigidas a obtener el pago de impuestos adeudados por la sociedad, procedieron a ejercer el derecho de defensa que protege la Constitución y la ley, en la respectiva oportunidad procesal, reglado en este asunto por el Estatuto Tributario y el Código Contencioso Administrativo, garantizándose de esta manera las formas propias del proceso de cobro coactivo y el acceso a la administración de justicia."

## 6 Caso Concreto



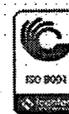


**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

## **6.1 Hechos relevantes probados**

6.1.1 Respecto del señor FERNANDO VIVERO ROBAYO, se encuentran probados en el expediente los siguientes hechos relevantes:

- Nació el 22 de julio de 1935, de lo que se desprende que a la fecha cuenta con 82 años de edad. (fol. 50)
- Mediante Resolución No. 00079 del 25 de agosto de 1986, Alco LTDA le reconoció pensión de jubilación, indicando que esa entidad se haría cargo del pago total de la misma desde el 10 de julio de 1986 y hasta el 22 de julio de 1995; en adelante cubriría la diferencia generada entre lo que para esa fecha reconocía ALCALIS LTDA y lo que le correspondía reconocer al ISS. (Fol. 61-62)
- Mediante sentencia de fecha **8 de agosto de 2008** emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena se ordenó la reliquidación de la pensión del señor Fernando Vives Robayo ordenando al ISS pagar un valor mayor de la pensión de vejez. (Se da cuenta en la parte motiva de la Resolución 000003996 de fecha 18 de abril de 2012 visible a folios 64 a 67 del C. 1)
- Mediante oficio No. GTH-3290 del 1 de marzo de 2017 el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo requirió al señor Fernando Vivero Robayo para que procediera a pagar a esa entidad la suma de veinticinco millones doscientos veintinueve mil seiscientos ochenta y ocho pesos (\$25.229.688), los cuales adeuda por concepto de doble cobro de pensión por el periodo comprendido **entre el 22 de julio de 1995 y el 31 de diciembre de 2016**. (fol. 55-57)
- Con oficio No. GTH-4627 del 25 de septiembre de 2017, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, reitero al actor el contenido del oficio No. GTH-3290 del 1 de marzo de 2017. En ese oficio, le propuso como arreglo de pago, descontarle la suma de \$361.538 mensuales del incremento en salud, de la prima y de los beneficios extralegales el 100%, hasta completar \$25.229.688; para dar respuesta al arreglo le otorgó el plazo de un mes y le indicó que en caso de no dar respuesta en ese tiempo se entendería su conformidad con el mismo. (fols. 58-59)
- Mediante Resolución No. 005213 de 1996 el ISS le reconoció pensión de vejez al señor Fernando Vives Robayo a partir del 22 de julio de 1995. El monto de esa prestación para el mes de enero de 2018 es de \$3.142.725. (fol. 63 y 141)
- De acuerdo con la historia clínica de fecha 3 de enero de 2017, el señor Fernando Vives Robayo, tiene los siguientes padecimientos, Hipertensión, Infarto del Miocardio, Diabetes, Dislipidemia,





**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**  
**SENTENCIA No. 016/2017**  
**SALA DE DECISIÓN No. 001**

**SIGCMA**

**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

Enfermedad renal crónica, enfermedad cerebro vascular. (fol. 68 al 70)

- A partir de mes octubre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo le viene descontando de la mesada pensional la suma de \$361.538, por concepto de doble cobro pensional. (fol. 71 al 75)
- Mediante oficio No. GTH 4779 del 24 de octubre de 2017, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dispuso negar la solicitud de dejar sin efecto los actos administrativos relacionados con los cobros por doble cobro pensional efectuados al FERNANDO VIVES ROBAYO.

6.1.2 Respecto del señor JULIO ANTONIO LUNA RAMOS, se encuentran probados en el expediente los siguientes hechos relevantes:

- Nació el 26 de enero de 1944, de lo que se desprende que a la fecha cuenta con 74 años de edad. (fol. 90)
- Mediante Resolución No. 000399 del 6 de agosto de 1997, Alcalis LTDA le reconoció pensión de jubilación al señor JULIO ANTONIO LUNA RAMOS, indicando que esa entidad se haría cargo del pago total de la misma desde el 26 de enero de 1997 y hasta el 26 de enero de 2004; en adelante cubriría la diferencia generada entre lo que para esa fecha reconozca ALCALIS LTDA y lo que le corresponda reconocer al ISS. (Fol. PDF No. 17 del CD obrante a folio 103 del expediente)
- Mediante oficio No. GTH-3252 del 27 de febrero de 2017 el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo requirió al señor Julio Antonio Luna Ramos para que procediera a pagar a esa entidad la suma de \$31.524.438, los cuales adeuda por concepto de doble cobro de pensión por el periodo comprendido entre el 26 de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2016. (fol. 92)
- Con oficio No. GTH-4592 del 15 de septiembre de 2017, EL Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, reitero al actor el contenido del oficio No. GTH-3252 del 27 de febrero de 2017. En ese oficio, le propuso como arreglo de pago, descontarle la suma de \$400.000 mensuales del incremento en salud, de la prima y de los beneficios extralegales el 100%, hasta completar \$31.524.438; para dar respuesta al arreglo le otorgo el plazo de un mes y le indicó que en caso de no dar respuesta en ese tiempo se entendería su conformidad con el mismo. (fols. 93 )
- Mediante Resolución No. 007129 de 2004, el ISS le reconoció pensión de vejez al señor JULIO ANTONIO LUNA RAMOS. Para el mes de enero de 2018 por este concepto el señor JULIO ANTONIO LUNA RAMOS, devenga de parte de COLPENSIONES la suma de \$1.361.452. (fol.179-180 y 143)





**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

- A partir de mes octubre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo le viene descontando de la mesada pensional la suma de \$400.000, por concepto de doble cobro pensional. (fol. 104 al 106)
- Mediante oficio No. GTH 4867 del 17 de noviembre de 2017, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dispuso negar la solicitud de dejar sin efecto los actos administrativos relacionados con los cobros por doble pago pensional efectuados al JULIO ANTONIO LUNA RAMOS.

6.1.3 Respecto del señor SIMÓN BOSSA VEGA, se encuentran probados en el expediente los siguientes hechos relevantes:

- Nació el 18 de septiembre de 1942, de lo que se desprende que a la fecha cuenta con 76 años de edad. (fol. 107)
- Mediante Resolución No. 00130 del 25 de marzo de 1993, Alcalis LTDA le reconoció pensión de jubilación al señor SIMON BOSSA VEGA, indicando que esa entidad se haría cargo del pago total de la misma desde el 14 de diciembre de 1992 y hasta el 18 de septiembre de 2002; en adelante cubriría la diferencia generada entre lo que para esa fecha reconocía ALCALIS LTDA y lo que le corresponda reconocer al ISS. (Fol. 199 al 201)
- Mediante oficio No. GTH-4112 del 29 de junio de 2017 el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo requirió al señor SIMON BOSSA VEGA para que procediera a pagar a esa entidad la suma de \$64.410.480, los cuales adeuda por concepto de doble cobro de pensión por el periodo comprendido entre el 18 de septiembre de 2002 y el 31 de diciembre de 2016. (fol. 121 al 12292)
- Con oficio No. GTH-4261 del 27 de julio de 2017, EL Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, atendiendo comunicación presentada por el actor, le propuso como arreglo de pago, descontarle el incremento elevado en salud por la suma de \$384.121 y el 100% de las primas y de los beneficios extralegales hasta completar \$64.410.480; para dar respuesta al arreglo le otorgo el plazo de un mes y le indicó que en caso de no dar respuesta en ese tiempo se entendería su conformidad con el mismo. (fol. 123 )
- Mediante Resolución No. 00825 de 2004, el ISS le reconoció pensión de vejez al señor SIMON BOSSA VEGA. Para el mes de enero de 2018 por este concepto el señor SIMON BOSSA VEGA, devenga de parte de COLPENSIONES la suma de \$4.359.857. (fol.142)
- A partir de mes septiembre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo le viene descontando de la mesada pensional el valor que



Radicado 130013333003-2017-00011-01

se le reconoce al actor por concepto de incremento elevado por aportes a salud y las primas extralegales. (fol. 127 al 130)

- Mediante oficio No. GTH 4412 del 24 de agosto de 2017, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dispuso negar la solicitud de dejar sin efecto los actos administrativos relacionados con los cobros por doble pago pensional efectuados al señor SIMÓN BOSSA VEGA.

## 6.2 Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico

Confrontados los hechos probados de cara al marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, la Sala llega a la conclusión que el primer problema jurídico principal se debe resolver en forma negativa, esto es que, la solicitud de amparo resulta improcedente, en la medida en que estamos frente a actos administrativos de carácter definitivo emitidos por el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO que pueden ser controvertidos ante la jurisdicción contenciosa administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del cual se puede solicitar medidas cautelares para lograr dejarlos sin efecto.

Veamos:

### 6.2.1 De la subsidiariedad de la acción de tutela.

Frente al requisito de subsidiariedad, el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en los cuales sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia del amparo de tutela en aquellas situaciones en las que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos o efectivos para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental.

En la **sentencia T-1008 de 2012, la Corte Constitucional** estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, precisó que, no se puede abusar del amparo constitucional ni evitar el agotamiento de la jurisdicción ordinaria o contenciosa, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para remplazar los medios ordinarios existentes.

Posteriormente, en las **sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015**, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se **consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico**, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que



**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

En sentencia T-441 de 1996 así lo declaró respecto de la solicitud de amparo presentada por una persona a quien le fue suspendido el goce de su pensión de jubilación, con sustento en que el Instituto de Seguros Sociales le había reconocido la de vejez. En su oportunidad, se consideró que la decisión de la accionada no se tradujo en la suspensión de pagar una pensión a su favor y, por tanto, cualquier desacuerdo con la medida adoptada podría ser cuestionado a través de los procesos ordinarios, previstos para tal fin en el ordenamiento jurídico.

Por su parte, en la sentencia T-1650 de 2000 estudió el caso de una persona a quien se le declaró la compartibilidad de la pensión convencional, a cargo del Banco Cafetero, con la de vejez, que debía ser pagada por el Instituto de Seguros Sociales. Se consideró que la acción de tutela era improcedente dado que en la resolución que reconoció la pensión de jubilación se dispuso que ella sería pagada, hasta tanto se le reconociera la pensión vejez, caso en el que el Banco Cafetero sólo se encontraría obligado a pagar el mayor valor. En consecuencia, se concluyó que el accionante aceptó, en su oportunidad, las condiciones de la pensión.

Como en el caso concreto estamos frente a actos administrativos de contenido particular y concreto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar que, la acción de tutela no es procedente para controvertirlos, toda vez que las discrepancias suscitadas por la aplicación o interpretación de los mismos deben ser dirimidas a través de la jurisdicción contenciosa administrativa. Sin embargo, la aceptación de su procedencia excepcional ocurre cuando del contenido de los mismos implica una vulneración evidente de los derechos fundamentales o la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable de tal magnitud que obligue la protección urgente de los mismos.

En este sentido, la Corte precisó: (i) la improcedencia de la tutela como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, se justifica en la existencia de otros mecanismos, tanto administrativos, como judiciales para su defensa; (ii) cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Adicionalmente, se ha señalado que cada acción constitucional conlleva la necesidad de confrontar las condiciones del caso, de manera que se defina el cumplimiento de los requisitos establecidos en la jurisprudencia para el acaecimiento del perjuicio irremediable.

En sentencia T-387 de 2009, la Corte Constitucional señaló que en los casos de tutela contra actos administrativos es procedente cuando: (i) se



Radicado 130013333003-2017-00011-01

**evidencie que la actuación administrativa ha desconocido los derechos fundamentales, en especial los postulados que integran el derecho al debido proceso; y (iii) los mecanismos judiciales ordinarios, llamados a corregir tales yerros, no resultan idóneos en el caso concreto o se está ante la estructuración de la inminencia de un perjuicio irremediable; la acción de tutela es procedente de manera definitiva en el primer caso, o como mecanismo transitorio en el segundo, en aras de contrarrestar los efectos inconstitucionales del acto administrativo.**

De esta manera, la Corte ha señalado igualmente que para la comprobación de la inminencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, se deben observar criterios como **(i) la edad de la persona, por ser sujeto de especial protección en el caso de las personas de la tercera edad; (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo.** En estos eventos, debe mencionarse que la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado.

Finalmente, en cuanto a la procedencia de la acción de tutela de forma definitiva en relación con actos administrativos, la Corte ha señalado que deben atenderse las circunstancias especiales de cada caso concreto. En estos eventos específicos, ha indicado que pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial como el medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho, se deben analizar las condiciones de eficacia material y las circunstancias especiales de quien invoca el amparo, que pueden hacer viable la protección de los derechos del afectado a través de la acción de tutela de forma definitiva.

Aplicando lo anterior al caso concreto, la Sala evidencia que el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela no se acredita frente a los señores FERNANDO VIVES ROBAYO, JULIO ANTONIO LUNA RAMOS y SIMÓN BOSSA VEGA, pues contra los actos administrativos proferidos por el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, para obtener el cobro y ejecución de las sumas de dinero que presuntamente le adeudan por concepto de doble cobro de pensión, cuentan con el medio judicial de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en el marco del cual pueden solicitar al juez, no solo la nulidad dichos actos, sino también la medida cautelar de suspensión provisional de los mismos, que está prevista en los artículos 229 y siguientes del C.P.A.C.A, gracias a que el legislador, al reglamentar la suspensión provisional, ha buscado ofrecer a los particulares un medio eficaz y oportuno, que se materialice desde la admisión misma de la demanda, para evitar que sus derechos sean vulnerados de manera flagrante por la administración.

Para la Sala ninguno de los actores se encuentra ante la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable, porque a pesar de ser personas de la tercera edad no se les afecta su mínimo vital, dado que ninguno sustentó su dicho ni demuestran que el monto recibido afecte el salario mínimo legal vigente o que lo devengado resulta insuficiente para cubrir sus necesidades básicas





**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

de subsistencia digna o de los miembros de la familia que se encuentre a su cargo; por el contrario se tiene que, a partir de las probanzas allegadas, especialmente los certificados que presentan las accionadas obrantes a folios del 141 al 172 y 174, 198 y 218 del expediente, los actores perciben los siguientes dineros por concepto de pensión. Se advierte que en el cuadro no se tendrán en cuenta los descuentos por préstamos personales, como quiera que éstos fueron dineros que entraron a los haberes de los actores aparentemente por concepto de créditos con instituciones financieras y que su descuento corresponde a la autorización del actor y a su autonomía para disponer de sus ingresos.

Accionante	Pensión ISS		Pensión Min. Comercio, Industria y Turismo			Total devengado
	Ingreso bruto antes de deducciones por salud	Total devengado	Ingreso bruto	Descuentos por doble pensión	Total devengado, luego del descuento	
Fernando Vives Robayo	\$3.142.725	\$2.778.625	\$1.000.147	\$361.538 y el 100% de las primas extralegales	\$894.834	<b>\$3.673.759</b>
Julio Luna	\$1.361.452	\$1.198.052	\$1.139.300	\$400.000 y el 50% de las primas extralegales	\$739.300	<b>\$1.937.352</b>
Simon Bossa	\$4.359.857	\$3.849.757	\$34.955	100% del incremento elevado aportes a salud y 100% primas extralegales	\$30.754	<b>\$3.880.511</b>

En ese orden se evidencia que pese a que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo les viene realizando unos descuentos para cubrir el doble cobro por concepto de pensión, tales deducciones no disminuyen sus mesadas pensionales a sumas inferiores al salario mínimo, escenario en el que no podría el Juez Constitucional inferir una afectación al mínimo vital que ameritara su intervención.

Sobre el caso particular del señor FERNANDO VIVES ROBAYO, quien allegó copia de sus historia clínica en la que están plasmadas las múltiples afecciones de salud que padece, debe señalarse por la Sala que la misma no tiene la virtualidad de hacer que la tutela para su caso concreto sea procedente, pues además de la demostración de su condición de salud, se requiere la concurrencia de los demás requisitos señalados por la H. Corte Constitucional para tener por acreditado el perjuicio irremediable que imponga la necesidad de intervención del Juez Constitucional, que sería que luego de los descuentos devengados la suma percibida por concepto de pensión es insuficiente para cubrir sus necesidades básicas para una vida digna.

En conclusión, no se encuentra superado el requisito de subsidiaridad de la acción de tutela, por lo que se revocará la sentencia de primera instancia, pero se INSTARÁ al MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, para que en cumplimiento de los postulados que rigen los artículos 29 y 209 Superior cumpla debidamente el procedimiento previsto en la Ley 1437 de



**Radicado 130013333003-2017-00011-01**

2011 (ARTÍCULOS 98 Y SIGUIENTES) y las que rigen a ese Ministerio, para el cobro de las obligaciones creadas a su favor, permitiendo a los ejecutados ejercer su derecho de defensa y contradicción dentro del mismo.

Lo anterior porque, en la Ley 1437 de 2011 en el título IV se establece a partir del artículo 98, el procedimiento de cobro coactivo a cargo de las entidades públicas que pretendan recaudar las obligaciones creadas en su favor y que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con dicha ley. Ese procedimiento debe ser respetado por dicha entidad pública y dentro de él ofrecer todas las garantías del derecho de defensa y contradicción a los actores para que eleven las peticiones que en esta sede de tutela están deprecando, como por ejemplo la excepción de prescripción.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de fecha trece (13) de febrero de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena y en su lugar se **RECHAZA POR IMPROCEDENTE** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: INSTAR al MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, para que en cumplimiento de los postulados que rigen los artículos 29 y 209 Superior cumpla el procedimiento previsto en la Ley 1437 de 2011 y las que rigen a ese Ministerio, para el cobro de las obligaciones creadas a su favor, permitiendo a los ejecutados ejercer su derecho de defensa y contradicción dentro del mismo.

**TERCERO:** Comuníquese la presente providencia al Juzgado de origen y, remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

**Los Magistrados,**

**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

**ARTURO MATSON CARBALLO**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**  
(Ausente con incapacidad)

