

Bogotá DC., 27 de agosto de 2021

URGENTE IMPUGNACIÓN
Protección de Recursos Públicos

Honorable Magistrada:
Dr. LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Consejo de Estado
Sala de lo Contencioso Administrativo
Sección Quinta
Bogotá D.C.

Asunto: Impugnación fallo 19 de agosto de 2021
Radicado: 11001-03-15-000-2021-03471-00
Accionante: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES
Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO - SALA DE DECISIÓN ORAL Y OTRO

DIEGO ALEJANDRO URREGO ESCOBAR, actuando en calidad de Gerente de Defensa Judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, debidamente facultado a través del Acuerdo 131 del 26 de abril de 2018, punto 4.4 – 4.4.3 que dispuso que la Gerencia de defensa Judicial está facultada para representar judicial y extrajudicialmente en acciones constitucionales, por medio del presente escrito, presento impugnación en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 como pasa a indicarse:

1. ACTUACIÓN PROCESAL

1.1 Colpensiones instauró acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo del Atlántico, autoridad judicial que profirió la sentencia fechada el 19 de diciembre de 2016, en la cual se condenó a esta Administradora a reliquidar, a título de restablecimiento del derecho, la pensión de jubilación a favor del señor Marcos Hormiga Pérez, en monto equivalente al 75% del promedio de mensual de los factores devengados durante el último año de servicios prestados.

En virtud de lo anterior, esta Entidad acusó la sentencia precitada de haber incurrido en los siguientes defectos:

1. La providencia incurrió en un **defecto sustantivo**, como quiera que, desconoció el alcance dado al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 desde el año 1995 por parte de la Corte Constitucional, en sentencias C-168 de 1995 y C-596 de 1997, en el sentido que el régimen de transición solo incluye (i) edad, (ii) tiempo y (iii) monto (tasa de reemplazo).

Además, se advierte la configuración de un **defecto sustantivo**, derivado del desconocimiento por parte de las autoridades accionadas de las decisiones previas emitidas por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Barranquilla y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla en torno al mismo punto aquí ventilado; la reliquidación de la pensión de vejez del señor Marcos Hormiga Pérez.

2. La decisión proferida por el operador judicial **desconoce el precedente constitucional**, fijado en las sentencias C-168 de 1995, C- 596 de 1997, C-258 del 07 de mayo de 2013, SU 230 de 29 de abril de 2015, SU 427 de 2016, SU 210 de 2017, SU 395 de 2017, SU-631 de 2017, SU 023 de 2018, SU 068 de 2018, T 109 de 2019 y T 619 de 2019 de la Corte Constitucional, donde se señala de manera expresa que el IBL no hace parte del régimen de transición.

3. Adicionalmente, la decisión proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Barranquilla y confirmada por la Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo del Atlántico derivó en un **abuso palmario del derecho**, por lo siguiente:

- ✓ **Incremento irrazonable de la mesada pensional:** la liquidación de conformidad con el fallo contencioso generó un incremento del **222% del valor de la mesada pensional** confrontada con la liquidación de la mesada que en derecho le correspondería, esto es, calculando el IBL con base en el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio y no con fundamento en la aplicación ultractiva del régimen de transición. Ello, como producto de la errónea interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el desconocimiento del precedente de las altas Cortes, que derivó en un perjuicio a las finanzas del Estado y, con ello, del sistema pensional.
- ✓ **El abuso del derecho se hace evidente en el cálculo de la reserva actuarial que a continuación se muestra**, en el que se hace ostensible la diferencia de la mesada y lo que a futuro representa para el Sistema General de Pensiones.

Diferencias de las mesadas pensionales en el año 2021:

VALOR PENSIÓN FALLO CALCULADO POR EL JUZGADO CON EL ÚLTIMO AÑO	VALOR LIQUIDADADO EN DERECHO	DIFERENCIA (222%%)
\$16.562.633	\$5.144.891	\$11.417.742

Reserva actuarial, se realiza el cálculo de los valores que se pagarían a futuro a favor del señor Marcos Hormiga Pérez, con la mesada pensional liquidada con último año vs la mesada pensional liquidada conforme a derecho, exponiéndose las diferencias económicas que representaría.

Cálculo a abril 2021 (Mesada último año)	Cálculo a abril 2021 (Mesada en derecho)	Diferencias Reserva Actuarial
\$ 4.160.630.921	\$ 1.455.501.780	\$ 2.705.129.141.00

Como se observa a futuro el detrimento patrimonial equivaldría a \$2.705.129.141

La Corte Constitucional en Sentencia de Unificación No. 427 de 2016, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, señaló:

“El juez constitucional no puede ser ajeno al hecho de que una afectación grave de los ingresos y recursos del sistema de seguridad social no sólo perjudica la estabilidad financiera de la entidad administradora, sino también los derechos prestacionales de sus afiliados (..)”

4. Así mismo, la sentencia encartada **Viola de manera directa la Constitución**, específicamente los artículos 48, 229 y del acto legislativo 01 de 2005.

Adicionalmente, se viola el artículo 29 y 83 de la Constitución Nacional, atinentes al derecho del debido proceso y los principios de buena fe, cosa juzgada, confianza legítima y seguridad jurídica, en el entendido de que **“La cosa juzgada es un elemento integrante del derecho al debido proceso judicial que reconoce el respeto que se debe tener por las decisiones tomadas por los jueces, en ejercicio de sus funciones. Las sentencias pasan a ser imperativas, susceptibles de cumplirse coercitivamente y se hacen inmutables, por cuanto no pueden ser variadas, es decir hacen tránsito a cosa juzgada”** (CC, T 119 de 2015)

1.2 La acción constitucional fue decidida por su Honorable Despacho en sentencia adiada el 19 de agosto de 2021, por medio de la cual se resolvió:

1 Corte Constitucional, Sentencia SU-427 de 2016.

“PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- de conformidad con la parte considerativa de esta providencia”.

- 1.3 La sentencia antes mencionada fue notificada a Colpensiones el 27 de agosto de 2021, por lo que estando dentro de los términos establecidos en el artículo 31 del decreto 2591 de 1991 y presentando inconformidad con los argumentos expuestos en dicha providencia, me permito impugnar la decisión, como paso a exponer:

2. ARGUMENTOS DE INCONFORMIDAD

Una vez examinado en su integridad el fallo de tutela proferido el pasado 19 de agosto de 2021, se observa que la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Quinta, del Consejo de Estado negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, considerando que no se cumplió con los presupuestos de inmediatez y de subsidiariedad, por un lado, por haber transcurrido más del término de 6 meses desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y, por otro lado, porque no se acreditó la manifestación efectuada en torno a la interposición del recurso extraordinario de revisión.

Frente a cada uno de los dos puntos que sirvieron de fundamento al *A quo* para negar el amparo y declarar improcedente la acción, se procederá a hacer las siguientes consideraciones jurídicas del caso:

I. Inmediatez

Sea lo primero puntualizar que, el artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela podrá ser promovida “*en todo momento y lugar*”, razón por la cual no está sujeta a términos de caducidad de la acción, dada la naturaleza de los derechos que busca proteger. Pese a lo anterior, y teniendo en cuenta que el mismo articulado consagra que esta acción tiene por objeto la protección inmediata de los derechos aducidos, la Corte Constitucional ha establecido que la misma debe promoverse dentro de un término razonable.

Ahora bien, la razonabilidad del término de interposición de la acción de tutela implica que el Juez deba evaluar las circunstancias específicas del caso, de acuerdo a los principios de la sana crítica, con miras a comprobar si existe justificación en la inactividad del Accionante y, ante todo, determinar si la vulneración de derechos fundamentales alegada por la parte actora es permanente, continua y actual, que amerite la intervención del Juez Constitucional y la imposición de una medida de corrección en el caso concreto.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T 246 de 2015 indicó sobre el presupuesto de inmediatez y la procedencia de la acción de amparo lo siguiente:

“La acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que:

- i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros;*
- ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión;*
- iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados;*
- iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual”.*

Adicionalmente, la sentencia SU 391 de 2016 de la Corte Constitucional señaló unos criterios orientadores que el Juez de Tutela debe examinar, de cara al caso objeto de estudio, con miras a determinar si se cumple con el requisito de procedibilidad de la acción atinente a la inmediatez. Uno de los criterios aludidos en la jurisprudencia constitucional en vigor es:

“(ii) “El momento en el que se produce la vulneración: pueden existir casos de vulneraciones permanentes a los derechos fundamentales. En estos casos, para analizar la inmediatez el juez de tutela no debe contar el término desde el momento en el que la vulneración o amenaza inició hasta la fecha de presentación de la tutela, sino que debe tomar en cuenta el tiempo por el que esta se prolongó”.

En esa misma línea, la Corte Constitucional en Sentencia T -060 de 2016, estableció respecto del requisito de inmediatez lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que la causa de la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia se origina en una sentencia judicial, la Sala Tercera de Revisión considera que, para el caso en concreto, el término oportuno y razonable para iniciar la demanda se determina con fundamento en los siguientes criterios decantados por la jurisprudencia:

(...)

En el evento en el que el lapso sea extremadamente largo, se deberá verificar si:

(i) Se demuestra que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy

antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual”.

Valga agregar que, como resultado de una acción de tutela promovida por Colpensiones, **la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia STP 11715 de 3 de noviembre de 2020**, manifestó en relación del requisito de inmediatez, en un caso de idénticos contornos, lo siguiente:

“Así mismo, está satisfecho el presupuesto de inmediatez, debido a que la Sala evidencia que la afectación de las referidas garantías fundamentales es actual, al encontrarse Víctor Julio Suárez Saez beneficiario por un monto pensional posiblemente injustificado”.

De acuerdo con todo lo anterior, en el caso *sub examine* se advierte claramente que la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2016 por el Tribunal accionado, objeto de la presente acción, ordenó la reliquidación de una pensión de vejez, prestación económica de tracto sucesivo que se encuentra actualmente activa en la nómina de pensionados de esta Entidad, lo que *per se* **decanta en una afectación continua, permanente y actual**, cumpliéndose con uno de los criterios señalados por la jurisprudencia antes citada, que hace claro el cumplimiento del requisito de inmediatez en el presente caso, en el entendido de que *“el juez de tutela no debe contar el término desde el momento en el que la vulneración o amenaza inició hasta la fecha de presentación de la tutela, sino que debe tomar en cuenta el tiempo por el que esta se prolongó”.*

Ahora bien, amén de lo anterior, de manera adicional se advierte que **la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento, efectuado en la sentencia T 619 de 19 de diciembre de 2019**, Magistrado Ponente Dr. Antonio Lizarazo Ocampo, indicó sobre el presupuesto de la inmediatez lo siguiente:

“Así las cosas, la Corte ha flexibilizado el criterio de inmediatez cuando se estudian i) cuestiones en las que se alega fraude a la ley y mala fe en detrimento del erario, ii) la afectación alegada, a pesar del paso del tiempo, se mantiene.

*Teniendo en cuenta lo anterior, la sala encuentra acreditado el requisito de inmediatez toda vez que, si bien entre la providencia atacada y la presentación de la acción de tutela transcurrió un año y cinco meses, **lo cierto es que, por los intereses en riesgo, surgidos en una actuación consolidada bajo un supuesto de abuso del derecho, hacen que se deba dar prevalencia al interés general y, en consecuencia, se opte por la flexibilización de la inmediatez.** Además, la afectación de los derechos de Colpensiones se mantiene a pesar del paso del tiempo, pues le corresponde efectuar el pago de la mesada pensional ordenada en las providencias judiciales atacadas, de manera periódica”.*

Dicho esto, es importante destacar que en **el presente asunto se relativiza el presupuesto de inmediatez para la procedencia de la acción de amparo**, esto, por cuanto se acusa la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2016 de violar derechos fundamentales de Colpensiones por desconocimiento del precedente y violación directa de la Carta política, defectos que se verificaron en el *decisum* de la sentencia y en su motivación, originado en la orden de reliquidación pensional a favor del señor MARCOS HORMIGA PÉREZ, teniendo en cuenta para la liquidación del IBL “*el 75% del promedio mensual devengado en el último año de los factores devengados durante el último año de servicios prestados, esto es, del 23 de agosto de 1995 al 22 de agosto de 1996*”. Ello, como producto de una interpretación inadecuada del artículo 36 de la ley 100 de 1993, contraviniéndose el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional, órgano encargado de la guarda de la Constitución y las leyes, quien había fijado para dicha época la hermenéutica de la norma en varias sentencias con efectos *erga omnes*.

A más de lo anterior, el problema en este asunto es de mayor impacto, si se tiene en cuenta que en el *sub lite* **está probada la configuración de varios criterios de identificación palmaria de abuso del derecho**, como quiera que:

- El fallo judicial del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Barranquilla ordenó la liquidación de la prestación económica con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, lo que **incrementó el valor de la mesada en suma equivalente a \$16.562.633 en la actualidad, cuando en derecho le correspondía la suma de \$5.144.891, es decir, la decisión judicial generó un incremento comprobado del 222% del valor de la mesada que en derecho le correspondería.**

Conforme a lo anterior, hay un incremento pensional ilegítimo, al reconocérsele la liquidación del IBL con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, incluso aquellos factores sobre los cuales no se hubiere efectuado cotización alguna, lo que desfinancia el sistema pensional, pues generó un **significativo incremento de la mesada equivalente al 222%** que favoreció desproporcionadamente al interesado en comparación con otros afiliados,

MESADA AJUSTADA A DERECHO	MESADA Y RETROACTIVO IRREGULAR
IBL: <u>Últimos 10 años de cotización.</u> \$ 5.144.891.00	IBL: <u>Último año</u> \$ 16.562.633.00
Aumento de la mesada: 222%	

(16.562.633–5.144.891= \$ 11.417.742)

- Incremento pensional como producto del empleo de una interpretación de la ley que resultaba contraria a la Constitución, en el entendido de que la Corte Constitucional había fijado el alcance normativo del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

- **VINCULACIÓN PRECARIA:**

Entidad empleadora	Periodo laborado	Salarios devengados mensualmente	Vinculación Precaria
Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica – CORELCA	16/01/1981 a 31/12/1993	En el año 1993: \$561.062	NO
Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica – CORELCA	01/01/1994 a 22/08/1996 Cargo de Subdirector General de la Empresa Industrial y Comercial del Estado	En el año 1994: Salario \$1.585.100 Viáticos: \$365.740 Prima técnica: \$792.547 En el año 1995: Salario: \$1.870.418 Viáticos: \$758.141 Prima técnica: \$ 935.209 En el año 1996: Salario \$2.150.981 Viáticos: \$74.640 Prima técnica: \$ 1.058.029	SI

- **IMPACTO ECONÓMICO FUTURO:** se realiza el cálculo de los valores que se pagarían a futuro a favor del señor Hormiga, con la mesada pensional liquidada con último año vs la mesada pensional liquidada conforme a derecho, exponiéndose las diferencias económicas que representaría.

Reserva actuarial, se realiza el cálculo de los valores que se pagarían a futuro a favor del señor Marcos Hormiga Pérez, con la mesada pensional liquidada con último año vs la mesada pensional liquidada conforme a derecho, exponiéndose las diferencias económicas que representaría.

Cálculo a abril 2021 (Mesada último año)	Cálculo a abril 2021 (Mesada en derecho)	Diferencias Reserva Actuarial
\$ 4.160.630.921	\$ 1.455.501.780	\$ 2.705.129.141.00

Como se observa a futuro la grave afectación de los recursos del sistema pensional equivaldría a \$2.705.129.141.00

- **INCLUSIÓN DE TODOS LOS FACTORES SALARIALES:** el reajuste pensional ordenado por el Despacho fundado en la aplicación indebida del artículo 36 de la ley 100 de 1993, que a su vez desconoció el precedente constitucional en vigor sobre la materia, derivó en un abuso del derecho, en la medida en que dispuso el aumento de la mesada pensional sobre la base del cálculo del ingreso base de liquidación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Así las cosas, dado que la sentencia atacada decantó en un abuso del derecho, que de plano es contrario a los fines de la norma que le fue aplicada, y atendiendo que conjuntamente se desatiende el precedente de la Corte Constitucional, es claro que el presupuesto de inmediatez se flexibiliza en el caso *sub examine*, pues esta carga procesal debe ceder ante la necesidad de que se salvaguarde el erario público y el interés general. Al respecto, la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento, efectuado en la sentencia **T 619 de 19 de diciembre de 2019**, Magistrado Ponente Dr. Antonio Lizarazo Ocampo, indicó:

“Así las cosas, la Corte ha flexibilizado el criterio de inmediatez cuando se estudian i) cuestiones en las que se alega fraude a la ley y mala fe en detrimento del erario, ii) la afectación alegada, a pesar del paso del tiempo, se mantiene”.

Esto es así, por cuanto la Corte Constitucional ha mencionado de manera reiterada que si bien la acción de tutela debe interponerse en un término razonable, **la razonabilidad está determinada por la finalidad de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto**², pues debe prevalecer el derecho sustancial, mandato del artículo 228 de la Constitución³.

De acuerdo a las condiciones del caso, previamente señaladas, al cuestionarse una sentencia que desatiende el precedente de la Corte constitucional, Autoridad designada como guardiana

² Sentencia SU 961 de 1999

³ Corte Constitucional sentencia T 246 de 2015: “La inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, **y no una regla o término de caducidad**, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. La satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.”

de la Constitución Nacional, y al tratarse de un caso con *abuso del derecho en materia pensional en detrimento del erario público*, se solicita respetuosamente al Superior Jerárquico que resuelva este recurso, se sirva tener por satisfecho el requisito de inmediatez, en aplicación a las subreglas de excepción respecto del presupuesto genérico y el plazo razonable para la procedencia de la acción de amparo y, en consecuencia, se opte por la flexibilización de la inmediatez en aplicación a lo adocinado por la Corte Constitucional.

II. Subsidiariedad

Sea lo primero indicar que, Colpensiones ejerció activamente la defensa de los intereses del régimen que representa, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor MARCOS HORMIGA PÉREZ, para ello:

- En primera instancia se presentó escrito de contestación de la demanda y alegatos de conclusión, poniendo de presente la jurisprudencia en vigor de la Corte Constitucional en la que se había fijado el alcance normativo del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y en la que específicamente se indicó que el IBL no fue un aspecto sometido al régimen de transición, razón por la cual no debía aplicarse la norma anterior a su vigencia en relación a ese punto. Así mismo, se manifestó que el acto administrativo atacado en el medio de control de nulidad, se encontraba ajustado a la ley, a la constitución y a la hermenéutica fijada por la Corte, razón por la cual, no procedía su declaratoria de nulidad.
- Se interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Barranquilla, como quiera que, desconocía el precedente constitucional fijado en materia de IBL.
- Adicionalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la ley 797 de 2003, esta Administradora de pensiones, por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, **presentó recurso extraordinario de revisión** contra la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2016, por la Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo del Atlántico, por haber incurrido en la causal primera “*Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso*”.

La demanda fue radicada el 28 de mayo de 2021 ante el Consejo de Estado, tal como fue informado a su Despacho a través de memorial adiado el 24 de junio de 2021, siendo radicado con el Nro. 11001032500020210042000.

En la página de la Rama Judicial se encuentra registrada la acción así:

Datos del Proceso					
Información de Radicación del Proceso					
Despacho			Ponente		
000 CONSEJO DE ESTADO - SCA SECCION SEGUNDA			SANDRA LISSET IBARRA VELEZ		
Clasificación del Proceso					
Tipo	Clase	Recurso	Ubicación del Expediente		
ESPECIAL	REVISION ART. 20 LEY 797/2003	Sin Tipo de Recurso	DESPACHO		
Sujetos Procesales					
Demandante(s)			Demandado(s)		
- MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO (MIEMBRO INTEGRANTE DEL CONFIS)			- MARCOS HORMIGA PEREZ		
Contenido de Radicación					
Contenido					
((N.I. 2027-2021) REVISION DE LA SENTENCIA DE FECHA 19 DE DICIEMBRE DE 2016, PROFERIDA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLANTICO (ART. 20 DE LA LEY 797 DE 2003)					
Actuaciones del Proceso					
Fecha de Actuación	Actuación	Anotación	Fecha Inicia Término	Fecha Finaliza Término	Fecha de Registro
07 Jul 2021	AL DESPACHO POR REPARTO	REGISTRADO POR:JL			07 Jul 2021
02 Jul 2021	EXPEDIENTE DIGITAL				02 Jul 2021
02 Jul 2021	REPARTO Y RADICACIÓN	REPARTO Y RADICACION DEL PROCESO REALIZADAS EL VIERNES, 2 DE JULIO DE 2021 CON SECUENCIA: 2061	02 Jul 2021	02 Jul 2021	02 Jul 2021

Ahora, frente a lo manifestado por el *A quo* en la sentencia impugnada, en torno a este presupuesto, es necesario indicar:

- i) En relación con el aparte *“Al respecto es importante precisar que la parte actora alegó que radicó, junto con el Ministerio de Hacienda, el recurso extraordinario de revisión al que se ha hecho mención, no obstante, no acreditó su dicho”*:

Frente a este punto, debe reiterarse que Colpensiones remitió memorial del 24 de junio de 2021 a su Despacho, enviado al correo electrónico secgeneral@consejodeestado.gov.co, en el que se informó:

“(…) atendiendo el requerimiento efectuado en el numeral quinto del auto admisorio notificado el 22 de junio de 2021, en el cual se ordenó a esta Entidad “informe a este Despacho el número del expediente que se le asignó al recurso extraordinario de revisión”, me permito aportar acta individual de reparto de la acción de revisión radicada el 28 de mayo de 2021, cuyo radicado es Nro. 11001032500020210042000”.

- ii) Por otro lado, se dijo en la sentencia: *“Ahora bien, si en gracia de discusión, se diera por cierto su dicho, esta acción constitucional también se torna improcedente por cuanto se encuentra en trámite el mecanismo principal con el que cuenta Colpensiones para perseguir lo pretendido mediante esta solicitud de amparo”.*

Frente a este punto, debe indicarse que la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que existen dos excepciones al presupuesto de subsidiariedad, que justifican la procedencia de la tutela, a saber: i) cuando el mecanismo de defensa judicial dispuesto por la ley no es idóneo y eficaz, caso en el cual la acción de amparo procede como mecanismo definitivo; y, ii) **cuando el mecanismo es idóneo, pero no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio. (CC, ST382 de 2018).

Desde esa perspectiva, si bien Colpensiones en conjunto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público interpuso la acción de revisión contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mecanismo que a la postre es idóneo para la defensa de los intereses de la Entidad; lo cierto es que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable a las finanzas públicas y a los recursos del Sistema Pensional, razón por la cual se acude al Juez Constitucional propendiendo por un amparo transitorio que proteja la sostenibilidad financiera del Sistema, hasta tanto se resuelva de manera definitiva el recurso extraordinario de revisión que se encuentra en curso⁴.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional en sentencia **T 619 de 19 de diciembre de 2019** indicó:

*“(…) la sala encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad, pues si bien Colpensiones tiene la posibilidad de recurrir al recurso de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, lo **cierto es que, por la afectación al interés general y del erario, causado con la consolidación de una prestación económica que se alega haber sido obtenida a partir de un abuso palmario del derecho, la entidad está ante un perjuicio irremediable y su afectación repercute en las finanzas públicas**”.*

En un caso de idénticos contornos, en donde se encontraba en curso un recurso de revisión y aun así se interpuso la acción de tutela, la Corte Constitucional se pronunció manifestando, en la sentencia T-360/18 M.P. Antonio José Lizarazo, lo siguiente:

*“En el caso bajo estudio se considera que si bien en principio la acción de tutela resulta improcedente por la existencia de otro medio de defensa judicial, lo cierto es que, en caso de que esta Sala constate que por medio de las disposiciones demandadas se incurrió en la vulneración del derecho fundamental al debido proceso alegada, se debe tener en cuenta que: (i) **el daño alude a hechos ciertos, pues no acceder al amparo transitorio implica que la UGPP en cumplimiento de las sentencias demandadas, debería realizar el pago de la pensión hasta tanto se resuelva el recurso y con la***

⁴ En igual sentido, la Corte Constitucional ha adoctrinado que: “la intervención del juez constitucional resulta imperativa para evitar que se configure un perjuicio irremediable, el cual debe ser inminente, grave, urgente e impostergable” (CC, sentencia T065 de 2019).

obligación de devolución de las sumas que superan dicho tope y que se han dejado de cancelar, a pesar de que son recursos del Sistema de Seguridad Social que difícilmente podrán ser recuperados, por cancelarse en cumplimiento de una orden judicial y, en consecuencia, habrían sido percibidos de buena fe. (ii) Es grave, puesto que involucra recursos públicos pertenecientes al Sistema y tiene la potencialidad de afectar la sostenibilidad financiera del mismo, dado que se trata de una pensión con una cuantía considerablemente elevada e inequitativa puesto que la mayoría de las pensiones en Colombia son de cuantía ostensiblemente menor, situación que contradice la solidaridad, universalidad y eficiencia del Sistema. Por consiguiente, (iii) eventualmente se requerirían medidas urgentes e impostergables que no podrían esperar a que se resuelva el recurso de revisión, habida cuenta que ello implicaría, se reitera, obligar a esta entidad a sufragar una pensión que excede los topes pensionales del Sistema, lo cual afecta los escasos recursos destinados al mismo.”

En relación con este tema, la Corte Constitucional ha explicado que el concepto de perjuicio irremediable, “*está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho.*”⁵ En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia, que se resumen: en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención, los cuales aquella ha explicado, así:

*“La inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”*⁶

En jurisprudencia reiterada, la Corte Constitucional ha definido el alcance del perjuicio irremediable determinando, en primer lugar, que debe ser inminente o próximo a suceder. Para ello se debe contar con un grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta fundamentalmente la causa del daño.

En segundo lugar, **el perjuicio debe suponer un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), susceptible de determinación jurídica.** Y,

5 Sentencia SU-617 de 2013.

6 Sentencia T-225 de 1993, reiterados en la sentencia SU-617 de 2013.

por último, las medidas de protección deben ser imposterables, a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable⁷.

Descendiendo al caso de marras, se procede a demostrar que en este asunto se cumplen los criterios que denotan la existencia de un perjuicio irremediable, así:

- **Perjuicio cierto o inminente:** las sentencias atacadas son el título ejecutivo que sirve de fundamento dentro del proceso ejecutivo que cursa en contra de Colpensiones, bajo radicado 08001333300720170031300, en el que fue proferido auto el 3 de febrero de 2021, que decretó medida de embargo sobre las sumas de dinero contenidas en cuentas de titularidad de esta Administradora de Pensiones, por el monto de DOS MIL CUARENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$2.549.900.395.00), por concepto de retroactivo de mesadas pensionales, intereses moratorios y costas.

Adicionalmente, acogiendo lo establecido por el Juzgado en el proceso ejecutivo, esta administradora de pensiones emitió la Resolución SUB 63834 de 11 de marzo de 2021, a través de la cual reliquidó nuevamente la pensión de vejez a favor del señor Marcos Hormiga Pérez, en cuantía de \$16.562.633 para el año 2021, en cumplimiento al fallo atacado, ordenando pagar **un retroactivo pensional por valor de MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$1.547.058.243).**

Esta mesada pensional fue incluida en la nómina de pensionados, prestación que dicho sea de paso es de tracto sucesivo, por tanto implica el desembolso periódico de sumas de dinero del fondo común de naturaleza pública que administra Colpensiones, hasta tanto se resuelva el recurso, dineros que además son de difícil recuperación, razón por la cual se requiere la intervención del Juez Constitucional para evitar el detrimento de las finanzas públicas.

- **Es grave:** atendiendo que el cumplimiento de la sentencia judicial implica el pago de sumas de dineros que son financiados con los recursos del fondo común de naturaleza pública, pertenecientes al sistema pensional, y que tienen la potencialidad de afectar la sostenibilidad financiera del sistema, máxime que el incremento de la mesada como consecuencia del fallo es excesiva, pues **el incremento fue del 222% del valor de la mesada de cara a la que en derecho le correspondería.**

7 Sentencia T-1316 de 2001. Estos criterios fueron fijados desde la Sentencia T-225 de 1993 y han sido reiterados en las Sentencias C-531 de 1993, T-403 de 1994, T-485 de 1994, T-015 de 1995, T-050 de 1996, T-576 de 1998, T-468 de 1999, SU-879 de 2000, T-383 de 2001, T-743 de 2002, T-514 de 2003, T-719 de 2003, T-132 de 2006, T-634 de 2006, T-629 de 2008, T-191 de 2010 y de forma más reciente en la sentencia SU-712 de 2013.

- Se requieren **medidas urgentes e impostergables**: esto, pues esperar el resultado del recurso de revisión implica el pago periódico de una mesada pensional incrementada en un 222% frente a la que en derecho le correspondería, lo que decantaría en sufragar una pensión excesiva con los dineros del sistema pensional, lo cual afecta los escasos recursos del fondo común.

Demostrado lo anterior, de acuerdo a la jurisprudencia Constitucional, cuando exista riesgo o se cause un perjuicio irremediable, la acción de tutela será viable y el amparo se otorga hasta tanto la situación sea definida por la jurisdicción competente (CCT041 de 2014), razón por la cual, se solicita la protección transitoria de los derechos fundamentales de Colpensiones hasta tanto se resuelva de fondo el recurso de revisión.

Vale acotar que, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que también **constituye un perjuicio irremediable el reconocimiento de una pensión de vejez con abuso del derecho (S T 619 de 2019), como ocurrió en el Sub lite**, lo que se procede a demostrar:

Conforme con lo antes esbozado y sujetos a los criterios interpretativos para identificar el abuso palmario del derecho, es claro que el caso del señor Marcos Hormiga Perez se presenta:

- i) Un incremento pensional ilegítimo, al reconocérsele la liquidación del IBL con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, incluso aquellos factores sobre los cuales no se hubiere efectuado cotización alguna, lo que desfinancia el sistema pensional, pues generó un **significativo incremento de la mesada equivalente al 222%** que favoreció desproporcionadamente al interesado en comparación con otros afiliados,

MESADA AJUSTADA A DERECHO	MESADA Y RETROACTIVO IRREGULAR
IBL: <u>Últimos 10 años de cotización.</u> \$ 5.144.891.00	IBL: <u>Último año</u> \$ 16.562.633.00
Aumento de la mesada: 222%	

8 Corte Constitucional, sentencia T106 de 2015: "A pesar de lo anterior, la Constitución y el Decreto 2591 han dispuesto una excepción a esta regla que opera cuando en los casos en que existan otros recursos judiciales, la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Adicionalmente, el artículo 8º del mismo decreto establece que cuando se está ante esta situación, la orden del juez de tutela sólo estará vigente durante el "término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado". Es decir, que la configuración del perjuicio irremediable es una excepción a la naturaleza excepcional y subsidiaria de la acción de tutela".

(16.562.633–5.144.891= \$ 11.417.742)

ii) Incremento pensional como producto del empleo de una interpretación de la ley que resultaba contraria a la Constitución, en el entendido de que la Corte Constitucional había fijado el alcance normativo del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

iii) **VINCULACIÓN PRECARIA:**

Entidad empleadora	Periodo laborado	Salarios devengados mensualmente	Vinculación Precaria
Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica – CORELCA	16/01/1981 a 31/12/1993	En el año 1993: \$561.062	NO
Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica – CORELCA	01/01/1994 a 22/08/1996 Cargo de Subdirector General de la Empresa Industrial y Comercial del Estado	En el año 1994: Salario \$1.585.100 Viáticos: \$365.740 Prima técnica: \$792.547 En el año 1995: Salario: \$1.870.418 Viáticos: \$758.141 Prima técnica: \$ 935.209 En el año 1996: Salario \$2.150.981 Viáticos: \$74.640 Prima técnica: \$ 1.058.029	SI

iv) **IMPACTO ECONÓMICO FUTURO:** se realiza el cálculo de los valores que se pagarían a futuro a favor del señor Hormiga, con la mesada pensional liquidada con último año vs la mesada pensional liquidada conforme a derecho, exponiéndose las diferencias económicas que representaría.

Reserva actuarial, se realiza el cálculo de los valores que se pagarían a futuro a favor del señor Marcos Hormiga Perez, con la mesada pensional liquidada con último año vs la mesada pensional liquidada conforme a derecho, exponiéndose las diferencias económicas que representaría.

Cálculo a abril 2021 (Mesada último año)	Cálculo a abril 2021 (Mesada en derecho)	Diferencias Reserva Actuarial
\$ 4.160.630.921	\$ 1.455.501.780	\$ 2.705.129.141.00

Como se observa a futuro la grave afectación de los recursos del sistema pensional equivaldría a \$2.705.129.141.00

- v) **INCLUSIÓN DE TODOS LOS FACTORES SALARIALES:** el reajuste pensional ordenado por el Despacho fundado en la aplicación indebida del artículo 36 de la ley 100 de 1993, que a su vez desconoció el precedente constitucional en vigor sobre la materia, derivó en un abuso del derecho, en la medida en que dispuso el aumento de la mesada pensional sobre la base del cálculo del ingreso base de liquidación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Así las cosas, resulta menester concluir que el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del señor Marcos Hormiga Pérez, en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho, constituyó lo que se conoce como un verdadero abuso del derecho y un desconocimiento al derecho fundamental a la igualdad de los afiliados y pensionados al Régimen de Prima Media con Prestación definida, como quiera que con ello, se está otorgando un beneficio pensional desproporcionado si se compara con el que reciben los demás afiliados, demostrándose así el abuso del derecho, a que alude la Corte Constitucional en la sentencia Sentencia SU631/17, así:

“Además del análisis de contexto que supone el ejercicio anterior, es importante considerar la conducta de quien busca el beneficio pensional. De modo tal que quien, sin sustento normativo, más allá de una regla de un régimen especial que perdió vigencia – como lo son aquellas que rigen el IBL-, busca a ultranza una ventaja irrazonable en comparación con otros afiliados, podrá haber incurrido en forma notoria en un abuso del derecho. Cuando la búsqueda sea evidente e inconfundible, al perseguir un incremento monetario significativo sin arreglo a la normativa vigente, ese abuso debe entenderse palmario”.

Descendiendo al *Sub judice*, las finanzas públicas más específicamente los recursos de la Seguridad Social se encuentran ante un inminente peligro de daño *lufundamental*, denominado perjuicio irremediable, representado en el pago de una mesada pensional excesiva liquidada de manera indebida, esto, de cara a lo dispuesto en la jurisprudencia inobservada por la Sala accionada.

En definitiva, es evidente que estamos ante un peligro irremediable de daño a las finanzas del Sistema Pensional, de modo que, se activa la subregla de excepción consagrada en el artículo 86 superior y 6 del Decreto 2591 de 1991, siendo por tanto procedente la presente acción de tutela de manera transitoria, pues si bien existe otro medio de defensa idóneo, el que además se encuentra en curso, lo cierto es que dicho mecanismo judicial **no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable a** las arcas del Estado y del sistema pensional, razón por la cual, se propone la presente acción para la protección transitoria de los derechos fundamentales de esta Entidad y de la sostenibilidad financiera del sistema, como garante de la universalidad y del derecho a la seguridad social de todos los Colombianos.

De acuerdo con lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES le solicita de manera respetuosa a su Despacho lo siguiente:

4. PETICIÓN

De conformidad con lo anteriormente expuesto, le solicito respetuosamente a la honorable magistratura **CONCEDER LA IMPUGNACIÓN** ante el competente, con el fin de que **se revoque el fallo de primera instancia y, en su lugar, se:**

PRIMERO: TUTELAR de manera transitoria los derechos fundamentales de Colpensiones al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia e igualdad ante la ley, orientados a la Defensa del patrimonio público y a la protección del principio de sostenibilidad financiera, en consideración a que el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Barranquilla y la Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo del Atlántico, incurrieron en violación directa a la Constitución, desconocimiento del precedente jurisprudencial y defecto sustantivo en la sentencia proferida el 2 de febrero de 2016 y confirmada el 19 de diciembre de 2016, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado Nro. 08001333300720150011300.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO de manera transitoria la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2016, por la Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho Nro. 08001333300720150011300, teniendo en cuenta, que la decisión allí adoptada es contraria a la normatividad y a la jurisprudencia constitucional fijada en la materia. En su lugar, ORDENE al despacho accionado, profiera nueva decisión subsanando los yerros alegados en la presente tutela.

Finalmente, ruego a ustedes Honorable Corporación, que al momento de emitir fallo de segunda instancia sean tenidos en cuenta todos los argumentos, fundamentos y jurisprudencia plasmada en el escrito inicial de la tutela, así como lo aquí mencionado.

5. NOTIFICACIONES

En consonancia con el artículo 197 de la Ley 1437 de 2011, Colpensiones dispone como único correo electrónico oficial para recibir notificaciones judiciales en materia de tutelas notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

Cordialmente,



DIEGO ALEJANDRO URREGO ESCOBAR

Gerente de Defensa Judicial

Vicepresidencia de Operaciones del Régimen de Prima Media
Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

Los abajo firmantes declaramos que para la elaboración del presente documento: 1. se consultaron los aplicativos, bases de datos y aquellos sistemas disponibles requeridos para establecer la veracidad de la información que en el mismo se consigna, y 2. se consultó la normatividad vigente y las disposiciones internas de Colpensiones.

Aprobó: Malky Katrina Ferro Ahcar – Directora (A) de Acciones Constitucionales

Elaboró: Laura Ballestas Gómez – Profesional Senior –Dirección de Acciones Constitucionales.