

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

STP8411-2018

Radicación n° 99168

Acta 213

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en relación con la demanda de tutela presentada por MIGUEL ANTONIO HERNÁNDEZ POMARES, contra el Consejo Superior de la Judicatura, Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, Fiscal 22 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, Juzgados 16 Penal del Circuito de la citada ciudad – Ley 600 de 2000 -Tema Foncolpuertos y Cajanal y 2º Laboral del Circuito de Santa Marta, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de petición, igualdad, dignidad humana, mínimo vital, debido proceso administrativo, acceso a la administración de justicia, libre desarrollo de la personalidad y «PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA en conexidad con los DERECHOS (...) A LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL y el DERECHO FUNDAMENTAL DE INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA.»¹

1. LA DEMANDA

Los hechos expuestos por el accionante para sustentar la petición de amparo se resumen en los siguientes términos:

1. Manifiesta que laboró para la Empresa Puertos de Colombia desde el 2 de junio de 1964 hasta el 15 de septiembre de 1984, para un tiempo de servicio superior a 20 años, retirándose a los 46 años de edad, luego, el 27 de agosto de 1988, recibió pensión de jubilación convencional.
2. Mediante Resolución No. 2778 del 30 de diciembre de 1996, debido al cambio de jurisprudencia recibió la indexación de la primera mesada pensional, en razón a que en el año 1984 el promedio de salario mensual ascendía a 11.45 s.m.l.m.v, y según certificación del Ministerio de Salud y Protección Social del 16 de junio de 2017 el salario promedio anual era de \$1.549.005,66, siendo el mínimo para ese año \$11.298, añade que, para el año 1988 su sueldo no superaba los 3 s.m.l.m.v, igual situación ocurre en la actualidad.
3. El 13 de mayo de 2015 la UGPP le notificó la Resolución 018779, la cual le suspendió el pago de la referida indexación, teniendo como sustento la providencia del 27 de noviembre de 2012 de la Fiscalía 22 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, quedando la mesada pensional en \$2.090.542,20.
4. Sostiene que inició su defensa judicial ante el Juez 16 Penal del Circuito de Bogotá -Ley 600 del 2000-Tema Foncolpuertos y Cajanal, que con auto de 16 de junio de 2016 lo aceptó como tercero incidental dentro de la causa penal 2013-00061 adelantada en contra de Manuel Zabaleta Rodríguez, exdirector de Foncolpuertos, entidad judicial que no ha resuelto el asunto por falta de asignación de presupuesto y personal para el despacho, por parte del Consejo Superior de la Judicatura.
5. El 29 de febrero de 2016 radicó derecho de petición ante la UGPP, entidad que le negó la indexación requerida mediante Auto No. ADP 010330 del 16 de agosto de 2016, igualmente radicó reclamación administrativa el 22 de mayo de 2017 bajo el radicado No. 201760051517022 pidiendo le indexara la primera mesada o se actualizara el ingreso base de liquidación (IBL), la cual fue negada por Resolución No. RDP 034950 del 8 de septiembre

de 2017.

6. En este orden de ideas y al ser infructuoso el trámite administrativo inició proceso ordinario laboral ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta bajo radicado 2017-00427 en contra de la UGPP, teniendo fijada para el 17 de julio de 2018 audiencia pública prevista en el artículo 77 del C.P.L. Añade que es una persona de 79 años de edad y una vez se resuelva de fondo el trámite referido, el proceso irá a consulta, la cual se demorará más dos años, además se encuentra enfermo según historia médica que adjunta y tiene deudas por más de doscientos millones de pesos.

7. Igualmente, el 28 de febrero radicó derecho de petición ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social con el fin que se le reconozca la indexación de la primera mesada, que no ha sido respondida.

8. En razón de lo expuesto solicita se tutelen los derechos fundamentales invocados y consecuentemente se ordene a la U.G.P.P., i) «emitir el ACTO ADMINISTRATIVO que aplique la INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA respectiva, se me incremente mi monto pensional y se me paguen mis diferencias de mesadas pensionales desde junio de 2015 hasta la presente, ordenando dejar sin efecto jurídico la Resolución No. RDP 018779 del 13 de mayo de 2015, para lo cual solicito se me ampare mi DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN y me dé respuesta al memorial radicado bajo el No. UGPP201850050573552 DE FECHA 28 DE FEBRERO DE 2018,»

ii) Respecto de la Fiscalía 22 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá se disponga «modificar la Resolución de Acusación en el sentido de no suspender los efectos jurídicos y económicos sin previo estudio laboral, convencional y pensional para que no se afecte los derechos de los pensionados a la INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA, para que con aplicación del artículo 404 de la Ley 600 de 2000 proceda a variar la calificación jurídica provisional que le dio al encausado sobre el acto administrativo que expidió en mi favor y

por tanto se revoque la Resolución 2778 del 30 de diciembre de 1996»

iii) En cuanto al Consejo Superior de la Judicatura «para que adopte las medidas presupuestales y de funcionarios necesarias (sic) para auxiliar al JUZGADO 16 PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -LEY 600 -TEMA FONCOLPUERTOS Y CAJANAL, para que resuelva de fondo la causa No. 2013-00061 seguida en contra del señor MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ, a fin de definir si mi derecho al reajuste pensional por indexación de primera mesada es lícito o ilícito, (...)

iv) Por último, referente al Juez 16 Penal del Circuito de Bogotá se inste a «modificar la Resolución de Acusación producida por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN; en el efecto que ella como sujeto procesal no lo haga-; en el sentido de no suspender los efectos jurídicos y económicos sin previo estudio ()»²

2. RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

1. La Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá indicó que a través de la Fiscalía 22 conoció del recurso de apelación promovido contra la resolución de acusación, además informó que dicha Fiscalía se suprimió de esa Unidad, mediante Resolución 000484 del 21 de julio de 2016, expedida por la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá.

1.1. La Fiscalía 397 Delegada Ley 600 del 2000 comunicó que ejecutoriada la resolución de acusación en contra de Manuel Heriberto Zabaleta Rodríguez se envió la actuación el 24 de enero de 2013 en 498 cuadernos, causa que adelanta el Juzgado 16 Penal del Circuito de la ciudad capital, por el delito de peculado por apropiación, proceso dentro del cual el 31 de mayo de 2018 declaró la invalidez parcial de lo actuado a partir de la clausura de la fase de pruebas, «específicamente, desde cuando se concedió el uso de la palabra al funcionario delegado de la Fiscalía General de la Nación para que alegara de conclusión, dejando a resguardo todo lo anterior y el dossier suasorio acopiado. (...) de la misma forma se ordenó

una vez en firme dicha decisión rehacer el trámite «con miras a llevar a cabo el procedimiento consagrado en el precepto 404 ritual, de forma que el funcionario delegado de la Fiscalía General de la Nación realice la variación de la calificación de conformidad con lo aquí precisado, fin para el cual se fijará fecha y hora por auto separado luego de que la presente determinación adquiriera firmeza.»3. (Negrilla dentro del texto)

2. La UGPP, por conducto del Subdirector de Defensa Judicial Pensional, relacionó cada uno de los actos administrativos citados por el demandante, indicando que ha atendido en debida forma las solicitudes radicadas por el actor, sin que se advierta por parte de esa entidad la vulneración de los derechos invocados: En cuanto a la naturaleza de la entidad sostuvo que es del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente, por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 6º, numeral 10º, del Decreto 575 de 2013, dicha unidad estaba en la obligación de acatar la orden judicial confirmada por la Fiscalía 22 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, en consecuencia pidió desestimar las pretensiones del demandante.

3. El Procurador 26 Judicial II Penal de Bogotá, consideró que no era procedente la petición de amparo para dejar sin efectos la Resolución No. RDP 018789 del 13 de mayo de 2015, expedida por la UGPP, mediante la cual dicha Unidad acogió la orden del Fiscal 22 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, causa penal que aún no ha concluido.

4. El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta certificó que ese Despacho conoce de la demanda ordinaria laboral instaurada por el accionante en contra de la UGPP, indicando lo acontecido en el mismo hasta el momento, en igual sentido informó que, por auto del 27 de abril de 2018 se fijó el 17 de julio de 2018 para adelantar la audiencia de los artículos 77 y 80 del C. de P.L. y S.S., encontrándose a la espera de la realización de la misma.

5. El Magistrado Auxiliar (e) de la Oficina de Coordinación de Asuntos Internacionales y

Asesoría Jurídica de la Rama Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, adujo que en cuanto a la mora judicial del Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá, en el tema de Foncolpuertos y Cajanal, en donde actúa el accionante como tercero incidental, dicha parte puede solicitar investigación disciplinaria conforme al numeral 2 del artículo 114 de la Ley 270 de 1996 o pedir vigilancia judicial administrativa de acuerdo con lo señalado en el numeral 6 del artículo 101 ibídem, de modo que pidió excluir a esa entidad de cualquier responsabilidad dentro de la presente acción constitucional, comoquiera que no ha vulnerado los derechos invocados por el actor.

3. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1, numeral 8 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la presente demanda de tutela, en tanto ella involucra al Consejo Superior de la Judicatura.
2. La acción de tutela, se ha precisado, tiene por objeto proteger de manera efectiva e inmediata los derechos fundamentales en los casos en que estos resulten vulnerados o amenazados por la actuación u omisión de una autoridad pública o de un particular, pero este mecanismo de raigambre constitucional no tiene como propósito brindarle protección supletoria, pues es ajeno a su naturaleza reemplazar los procesos ordinarios o especiales que para la situación dada haya previsto el legislador.
3. Se trata, entonces, de un instrumento preferente y sumario para el amparo inmediato de las garantías constitucionales fundamentales ante su menoscabo actual o una amenaza inminente por la actuación u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley, y en este orden de ideas, procede cuando el afectado no dispone de otro medio eficaz de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4. En el caso concreto la inconformidad radica en: (i) la suspensión de la indexación de la primera mesada pensional que realizó la U.G.P.P., atendiendo lo ordenado por la Fiscalía 22 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, (ii) la mora del Juzgado 16 Penal del Circuito de la citada ciudad, para resolver los procesos asignados sobre los temas de Foncolpuertos y Cajanal por falta de asignación de presupuesto y personal por parte del Consejo Superior de la Judicatura, y (iii) la falta de respuesta del derecho de petición que radicó el 28 de febrero del presente año ante la UPGG con el fin que se le reconozca la indexación referida.

5. Inicialmente, evidencia la Sala que el demandante equivocó la vía escogida para dejar sin efecto el acto administrativo proferido por la U.G.P.P., y por medio del cual se dispuso suspender la resolución que había dispuesto la indexación de la primera mesada pensional.

5.1. Así, no es la acción de tutela el escenario apto para proponer una discusión en torno de la decisión contenida en la resolución motivo de censura, puesto que deviene claro que la vía a la cual debió concurrir el accionante era la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

6. Ahora bien, sobre el primer punto, es decir, la suspensión de la indexación de la primera mesada pensional que realizó la U.G.P.P., se adelanta el proceso ante el Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá en contra de Manuel Heriberto Zabaleta Rodríguez, exdirector de Foncolpuertos, por el delito de peculado por apropiación, en el cual el accionante fue admitido como tercero incidental mediante auto de 16 de junio de 2016 dentro de la causa penal 2013-00061.

En consecuencia, es claro que es al interior de la respectiva actuación que las partes deben ejercer sus actos de postulación encaminados a superar los eventuales vicios de fondo o de estructura que se susciten en la tramitación del respectivo asunto, pues el medio idóneo diseñado por el legislador para propender por las garantías legales y constitucionales.

Sobre el punto la Corte Constitucional ha señalado (C.C. T-477/2004):

(...) quien no ha hecho uso oportuno y adecuado de los medios procesales que la ley le ofrece para obtener el reconocimiento de sus derechos o prerrogativas se abandona voluntariamente a las consecuencias de los fallos que le son adversos. De su conducta omisiva no es responsable el Estado ni puede admitirse que la firmeza de los proveídos sobre los cuales el interesado no ejerció recurso constituya trasgresión u ofensa a unos derechos que, pudiendo, no hizo valer en ocasión propicia. Es inútil, por tanto, apelar a la tutela, cual si se tratara de una instancia nueva y extraordinaria, con el propósito de resarcir los daños causados por el propio descuido procesal.

6.1. La controversia en cuestión es adelantada por el funcionario judicial encargado del diligenciamiento, sin que ante éste se hubiera hecho petición alguna a las que hace alusión el actor en este trámite; en igual sentido, respecto de la solicitud para que la Fiscalía varíe la calificación jurídica provisional que realizó al encartado, según lo informado por este delegado, el Juzgado en la audiencia pública de juzgamiento celebrada el 31 de mayo de 2017 declaró la invalidez parcial de lo actuado, con el fin que dicho investigador realice la variación pretendida, la cual, una vez quede en firme la providencia fijará fecha para la realización de la misma, por lo tanto, hallándose en trámite el proceso, se itera que es dentro del mismo que se puede hacer ejercicio del derecho de postulación, dentro del que podrá hacer uso de los recursos que le ofrece el ordenamiento jurídico en caso de no estar de acuerdo con lo decidido, incluso contra la sentencia que clausure la instancia y eventualmente también puede impetrar el recurso extraordinario de casación.

6.2. Lo dispuesto anteriormente se puede predicar respecto del proceso laboral que se adelanta ante el Juzgado Segundo Laboral de Santa Marta, que según lo informado por las partes, tiene programada audiencia de los artículos 77 y 80 del C. de P.L y S.S.

6.3. Respecto de la mora del Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá, que pregonó la parte actora, ha de indicarse que, si bien el demandante no está obligado a permanecer en un estado de indefinición con respecto a la actuación, dicha situación no lo faculta para que por

la vía de la acción de tutela intente que se le ordene a los accionados resolver un asunto desconociendo el orden establecido para tal fin⁴, pues ello se traduciría en una afrenta a los derechos de otras personas que se encuentran en la misma situación. Una intromisión como la que pretende el quejoso por parte del juez de tutela vulneraría sin lugar a dudas el derecho a la igualdad, por cuanto se dispondría que sin acatar el respeto debido a los turnos en los despachos, se pronunciara el funcionario respecto de aquél que fue objeto de amparo a través del mecanismo constitucional.

Con todo, en el evento en que el memorialista insista en que el proceder de la autoridad demandada afecta sus garantías y que el interregno que ha demorado la decisión sobre el proceso censurado excede el término legal o no reviste justificación alguna, cuenta con otro mecanismo al cual puede acudir para conjurar la supuesta mora, que no es otro que la recusación prevista en la ley adjetiva penal, en el sentido que constituye una causal de impedimento “Que el funcionario judicial haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada”. De manera tal que le es dado acudir a la figura señalada para provocar el incidente correspondiente, con la consecuencia, entre otras, de que si prospera la petición el proceso se asigne a un nuevo funcionario para que se ocupe del mismo.

Igualmente, tiene la facultad de requerir al Consejo Seccional correspondiente la petición de Vigilancia Judicial Administrativa y exponer su inconformidad, en aras de lograr la superación de esa presunta barrera (artículo 101-6 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el Acuerdo PSAA11-8716 de 2011, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura).

De suerte que, la ley otorga mecanismos a la parte actora para que haga cumplir los plazos dentro de la actuación, con la finalidad de resguardar el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, de manera que surge diáfana la imposibilidad de tomar la vía de la tutela para eventos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, al no satisfacerse el presupuesto de subsidiariedad que le es propio.

6.4. Finalmente, frente a la protección del derecho fundamental de petición que dice el actor radicó el 20 de febrero de 2018, revisadas las pruebas allegadas a la demanda de tutela no se encuentra solicitud alguna que esté pendiente de resolver por parte de la UGPP, toda vez que allegó al Comité de Conciliación de dicha entidad fue el auto admisorio de la demanda que cursa en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, en el que manifiesta que le confiere poder al doctor Luis Clemente Ponce Marengo, por tanto, lo que allegó hace parte del proceso laboral en curso, sin que tenga la demandada que pronunciarse al respecto, pues, si además pidió llegar a una conciliación, será en la audiencia que está programada el 17 de julio de 2018 donde se defina lo pertinente.

7. Así las cosas, palmaria se ofrece la improcedencia de la acción de tutela en el caso particular ante el desconocimiento de su naturaleza subsidiaria y residual, comoquiera que, de un lado, está en curso un proceso penal y otro laboral, en los cuales puede ventilar lo pretendido en este trámite; en igual sentido, cuenta con mecanismos para demandar la mora enunciada y de igual forma, no se avizora vulneración alguna a los demás derechos fundamentales invocados.

8. Lo considerado impone a la Sala declarar improcedente el amparo deprecado, máxime cuando no está demostrada la presencia de algún perjuicio irremediable, conforme a sus características de inminencia, urgencia, gravedad y necesidad (CC T SU-617-2013 y CC T-030-2015), que permita la intromisión del juez constitucional en este evento, pues el mínimo vital no se desconoce como quiera que según lo informado por la UGPP Hernández Pomares como pensionado activo recibe una mesada por valor de \$2.456.975,00 la cual continúa sin interrupción alguna.

Por lo anterior, habrá de declarar improcedente el amparo pretendido.

* * * * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de

Decisión en Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero.- Declarar improcedente la acción de tutela promovida por el accionante.

Segundo.- Notificar esta decisión en los términos consagrados en el Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- De no ser impugnado este fallo ante la Sala de Casación Civil de la Corporación, enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- | | | |
|---|-----------|-----------------|
| 1 | Folio 27 | Cdno Corte. |
| 2 | Folio 28 | Cuaderno Corte. |
| 3 | Folio 256 | ibídem. |

4 ARTICULO 18 LEY 446 DE 1998. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social.

La alteración del orden de que trata el inciso precedente constituirá falta disciplinaria. En estos casos, el Consejo Superior de la Judicatura o los Consejos Seccionales, en lo de su competencia, solicitarán al Juez o Ponente la explicación pertinente para efectos administrativos y disciplinarios. El Consejo Superior de la Judicatura o los Consejos Seccionales obrarán de oficio o a petición de quienes hayan resultado afectados por la alteración del orden.