

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL
MAGISTRADO PONENTE
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, (30) treinta de enero de dos mil doce (2012).

Aprobado por Acta No. 0036

Hora: 05:40 p.m

1. - VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por el apoderado del señor **FERNANDO REYES AMAYA**, contra el fallo proferido la señora Juez Cuarta Penal del Circuito de Pereira, con ocasión de la acción de tutela que instauró contra el Instituto del Seguro Social -I.S.S.-.

2. - DEMANDA

En el escrito de tutela explicó el apoderado del señor **REYES AMAYA** que este último ostenta la calidad de pensionado del ISS y que en razón a ello tuvo que formular demanda ordinaria laboral ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, para que se le reliquidara su asignación mensual teniendo en cuenta el régimen de transición.

El 30-04-10 el mencionado Juzgado Segundo Laboral dispuso reconocer que el señor **REYES AMAYA** era beneficiario del régimen de transición del que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por lo mismo tiene derecho a

que para el reconocimiento de la pensión de vejez se tenga como sustento legal el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 0758 de ese mismo año, por lo que la mesada pensional que le correspondía para el año 2008, que equivale al 90% del ingreso base de liquidación obtenido del promedio de lo cotizado en los últimos 10 años anteriores al cumplimiento de los requisitos para tal prestación, es la suma de \$5.144.475.00.

Adicional a lo dicho, se condenó al ISS a modificar la Resolución N°5457 de 2008 y reconocer la diferencia entre lo que le venía cancelando al ahora accionante mes a mes, y lo que verdaderamente le corresponde desde el 01-08-08 y hacía futuro, incluidos los incrementos anuales que fija el gobierno.

El 01-07-10 el accionante por intermedio de apoderado judicial instauró proceso ejecutivo laboral para hacer efectivo el derecho que se le reconoció en la sentencia del 30-04-10, debido a lo cual el 13-07-10 se libró mandamiento de pago contra el ISS por varios conceptos.

A pesar de los mencionados fallos el ISS no ha cumplido en su totalidad con lo ordenado en las sentencias, toda vez que tan solo canceló la diferencia entre lo que le ha venido pagando cada mes y lo que realmente le corresponde. La entidad hizo el pago desde el 01-08-08 hasta el 10-11-10, es decir, faltó lo correspondiente al mes de noviembre de 2010 hasta la fecha.

Al momento de la acción de tutela el ISS no le ha cancelado al señor **REYES AMAYA** la diferencia entre lo que le ha venido pagando mes a mes, y lo que verdaderamente le corresponde, desde el mes de noviembre de 2010, ni ha incluido en nómina la pensión de vejez debidamente reliquidada, actuaciones por las cuales considera vulnerados los derechos fundamentales de petición y seguridad social, razón para solicitar la protección constitucional.

3.- TRÁMITE Y FALLO

Una vez recibida y admitida la acción, el despacho de primera instancia corrió traslado de la misma al Instituto del Seguro Social, entidad que guardó silencio durante el trámite.

Culminado el término constitucional, la juez a quo decidió negar por improcedente la protección de los derechos reclamados a favor del señor **REYES AMAYA**, en atención a que en su sentir existe otro mecanismo judicial para hacer efectivo el cumplimiento del fallo que condena a pagar salarios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales, tanto así, que el demandante ni siquiera ha presentado la actuación ejecutiva en el interior del proceso laboral, para que se libre mandamiento de pago de la supuesta diferencia pensional que considera aún se le adeuda.

Adicionalmente manifestó que si bien es cierto el procedimiento ejecutivo para el cumplimiento del fallo ya se causó y se le pagó la suma de \$26.508.00, la cual le fue entregada a su anterior apoderado judicial, ello no es obstáculo para que solicite ante el mismo fallador el pago de lo que considere que estuvo mal liquidado.

4.- IMPUGNACIÓN

Dentro del término oportuno el apoderado del señor **FERNANDO REYES AMAYA** presentó escrito mediante el cual manifiesta su inconformidad con la decisión y solicita revocar la decisión, para en su defecto se conceda el amparo de los derechos fundamentales del actor. Para ello expone lo siguiente:

- Se encuentra en total desacuerdo con lo decidido por el despacho, puesto que lo que se pretende con la acción de tutela es que la entidad accionada

incluya en la nómina de pensionados al señor **FERNANDO**, pero con la mesada pensional debidamente reliquidada, situación que ya se decretó no solo por un juez, sino por dos, es decir, tanto en el proceso ordinario, como en el ejecutivo.

- Considera que en realidad existe una verdadera vulneración al derecho fundamental a la seguridad social, cuando el despacho de instancia compele al actor a acudir nuevamente ante el juzgado que ya ordenó la inclusión en nómina; así como el pago del retroactivo pertinente desde el mes de noviembre de 2010.

- Su representado ya agotó todo el procedimiento judicial por vía ordinaria, inclusive ejerció las medidas cautelares respectivas, tales como embargo de las cuentas de la accionada. En ese sentido, no entiende por qué se le pide repetir un proceso sumamente desgastante, al cual ya se vio sometido. A su modo de ver, el pronunciamiento de primer nivel desdice totalmente de los principios constitucionales, e incluso de lo consagrado en el preámbulo de la Constitución Política, puesto que lo dispuesto por el juzgado indica que los pensionados deben someterse a la burla de las entidades estatales.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad, de conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1382 de 2000.

5.1.- Problema jurídico planteado

Corresponde al Tribunal determinar el grado de acierto o desacierto contenido en el fallo opugnado, en cuanto negó el amparo constitucional. De conformidad con el resultado se procederá a tomar la determinación pertinente, ya sea convalidando la decisión, revocándola o modificándola.

5.2.- Solución a la controversia

La acción de tutela ha sido por excelencia el mecanismo más expedito en materia de protección de derechos fundamentales, gracias a ella el Estado Colombiano logró optimizarlos y hacerlos valer a todas las personas sin discriminación alguna.

La Constitución Política de Colombia en su Título II, Capítulo 1, enunció los Derechos Fundamentales reconocidos por el Estado como tales¹, y dentro de ellos se encuentra: *"el derecho que tiene toda persona a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución"*.

El derecho de petición brinda a los ciudadanos la posibilidad de dirigirse a las autoridades públicas y a determinados entes privados, en interés particular, para obtener, dentro de un término legalmente establecido, una respuesta efectiva. Esa garantía se puede calificar como satisfecha o respetada cuando la autoridad o persona que atiende el servicio público a quien se dirige la solicitud, tramita y resuelve oportunamente sobre ella, independientemente de que la respuesta sea negativa o positiva respecto del interés planteado, aunque se exige que el asunto propuesto debe ser adecuadamente abordado en la decisión así producida.

Acerca de la procedencia de la acción de tutela para exigir el cumplimiento

¹ Es de aclarar que la enunciación de los derechos fundamentales no debe entenderse como taxativa, toda vez que existen otros que a pesar de no estar contenidos en este título, también tienen esa condición de fundamentalidad.

de providencias judiciales ejecutoriadas, ha precisado:

"[...] la configuración del derecho de acceso a la justicia incorpora el impostergable compromiso de llevar a cabo la materialización de la cláusula de prevalencia de los derechos fundamentales (artículo 5° superior) en el particular contexto de las actuaciones jurisdiccionales. En tal sentido, la administración de justicia no puede ser concebida como un ejercicio irreflexivo en el cual el operador jurídico se encuentra llamado a dar aplicación automática e inopinada a las normas que encuentra en el ordenamiento jurídico, pues el objetivo fundamental perseguido mediante la *iuris dictio* consiste en la realización de un orden 'político, económico y social justo', tal como se encuentra descrito en el preámbulo de la Carta. En consecuencia, la labor judicial ha de tener como prisma de las disposiciones [...] el articulado vertido en el texto constitucional, pues sólo a través de su consideración en la esfera judicial es posible garantizar que la expedición de providencias judiciales sea, en realidad, un ejercicio material de administración de justicia."

En relación con la procedencia de la acción de tutela para exigir el cumplimiento de providencias judiciales ejecutoriadas, esta Corte ha indicado, de manera general, que cuando lo ordenado en la providencia incumplida verse sobre una obligación de dar, debe el juez de tutela asegurarse que no exista otro mecanismo que asegure el cumplimiento, o que se esté en presencia de un perjuicio irremediable; al respecto en sentencia de T-830 de agosto 11 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, se precisó:

Solo ante la inoperancia de un mecanismo de carácter legal mediante el cual puedan garantizarse en debida forma los derechos, puede instaurarse la acción de tutela para la defensa de los derechos que se estimen vulnerados. Desde este tópico, y en cuanto al cumplimiento de sentencias en materia laboral, la Corte Constitucional ha mencionado, no obstante que la acción de tutela es improcedente cuando se trata de exigir el pago de una suma de dinero reconocida por una sentencia. En igual sentido se ha pronunciado esta Corte en las sentencias T-403 de 1996, T-395 de 2001, T-342 de 2002, T-1686 de 2000. En la Sentencia T-599 de 2004, se expresó que la acción de

tutela entonces no es admisible cuando se trata de una obligación de dar, porque para estos casos el instrumento idóneo de carácter ordinario es el proceso ejecutivo. Una excepcionalidad a las sentencias de dar la constituye la sentencia T-631 de 2003, en tanto con la omisión se vulneren los derechos fundamentales, se vulnera el mínimo vital y la acción ejecutiva no sea idónea para la protección de los derechos. Esta circunstancia constituye una excepción a la regla según la cual la tutela es improcedente si persigue el cumplimiento de sentencias que generan obligaciones de dar. La Corte ha considerado que si se afectan otros derechos fundamentales como el mínimo vital, la dignidad humana y la integridad física, es procedente que mediante este mecanismo residual y subsidiario se ordene que el derecho debidamente reconocido se ejecute [...]”.²

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, al analizar lo ocurrido en el caso bajo estudio, desde ahora concluye esta Colegiatura, que en contraposición a lo expuesto por el apoderado del señor **REYES AMAYA**, en este caso particular no es procedente acceder las pretensiones de la acción de tutela, por cuanto:

- Como bien lo resalta la jurisprudencia transcrita, la acción constitucional no es el mecanismo idóneo para obtener el cumplimiento de una sentencia que genera una obligación de dar, tal como ocurre en este caso; excepto, claro está, que estén en juego otros derechos fundamentales como la dignidad humana, el mínimo vital o la integridad física, garantías que hasta donde se pudo conocer en el expediente, no se encuentran afectadas, puesto que en la actualidad el interesado recibe una asignación mensual con la que se presume puede cubrir el pago de sus gastos de manutención, lo contrario nunca se adujo, ni se intentó demostrar; adicional a ello, hay que recordar que en el mes de marzo de 2011 el señor **REYES AMAYA** recibió

² Sentencia T-719 del 09-09-10 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

\$26.508.472.00, suma de dinero que por obvias razones le brinda un grado más de estabilidad económica.

- Además de poder asistir nuevamente ante el juez ordinario, el actor puede acudir a los mecanismos de control que la legislación ofrece para aquellos que incumplen el mandato de un juez de la república, tales como las correspondientes quejas ante los entes de control del I.S.S, o la denuncia penal por el delito de *fraude a resolución judicial* si se llegare a demostrar el dolo. Actividades que perfectamente puede agotar el accionante y su apoderado en pro de lograr sus pretensiones, y que permiten indicar que la acción de tutela no es el único medio con el que se cuenta para hacer valer el derecho que se tiene al cumplimiento de las sentencia emitidas por los jueces.

Por lo expuesto, esta Sala confirmará la providencia objeto de recurso, en el sentido de negar el amparo de los derechos presuntamente vulnerados.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia de tutela objeto de este proferimiento.

SEGUNDO: Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

El Secretario de la Sala,

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES