El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 29 de agosto de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Revoca hecho superado y niega por improcedente

Radicación Nro. : 66001-31-87-003-2017-00044-01

Accionante: MARÍA MILDRED GALLO MEJÍA

Accionado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y APORTES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: PAGO DE MESADAS PENSIONES Y DE COSTAS PROCESALES / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL.** [M]ediante la Resolución No. ADP 003735 del 23 de mayo de 2017 se ordenó la inclusión en nómina de la señora María Mildred, la cual, aunque no constituye un hecho superado frente a las pretensiones concretas del accionante, sí se torna en una respuesta razonable a su incertidumbre acerca de la expectativa pago de las acreencias reconocidas por la encartada, por lo tanto, en la actualidad tiene según su criterio la posibilidad de esperar la efectivización del pago reclamado, o agotar el proceso ejecutivo pertinente para ello. Por último, en lo que tiene que ver con el pago de las costas procesales aparentemente otorgadas en favor suyo, la UGPP explicó que para esos efectos se debe expedir un acto administrativo diferente, ello, después de adelantar un trámite especial ante la Subdirección Financiera de la entidad, y una vez el Ministerio de Hacienda, a través del Consejo Superior de Política Fiscal –CONFIS- asigne los recursos para ese fin, lo cual resulta ser la razón por la cual no se dijo nada respecto a ese aspecto en la Resolución No. RD 009355 del 9 de marzo de 2017. Puntualizando, la presente acción resulta improcedente desde el punto de vista planteado por el Doctor Arturo Duque Gaviria, toda vez que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, o por lo menos la acreditación de un eventual perjuicio irremediable que permitiera dar paso al análisis de fondo sobre el asunto planteado.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 859 del 29 de agosto de 2017. H: 4:00 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66001-31-87-003-2017-00044-01 |
| **Accionante:** | Dr. Arturo Duque Gaviria, apoderado judicial de María  Mildred Gallo Mejía |
| **Accionado:** | UGPP |
| **Procedencia:** | Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de  Seguridad de Pereira |
| **Decisión:** | Revoca y niega por improcedente |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación presentada por el apoderado judicial de la señora **MARÍA MILDRED GALLO MEJÍA**, contra la decisión adoptada el 23 de junio de 2017 por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, dentro de la acción de tutela promovida en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Aportes Parafiscales de la Protección Social, de ahora en adelante **UGPP**.

**ANTECEDENTES:**

El abogado Arturo Duque Gaviria, actuando como apoderado judicial de la señora María Mildred Gallo Mejía, instauró acción de tutela en contra de la UGPP, entidad a la cual acusó de vulnerar los derechos fundamentales al mínimo vital y móvil y a la vida digna, entre otros, de su prohijada, los cuales fundamentó en los hechos que a continuación se extraen, según su relevancia para el caso concreto:

* Mediante la Resolución No. 0707 del 12 de junio de 2013, el Seguro Social en liquidación transmitió a la señora María Mildred Gallo Mejía, el derecho a la pensión convencional –o de jubilación- de la cual disfrutaba su difunto compañero permanente, el señor Hernán Álvarez Villegas, como antiguo trabajador de esa entidad. Pero a pesar de ello, los encargados de pagar las respectivas mesadas pensionales nunca lo hicieron.
* La señora María Mildred promovió un proceso ordinario laboral que fue resuelto por parte del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, en la cual se ordenó a la UGPP pagarle las mesadas pensionales ocasionadas desde el 25 de diciembre de 2010 hasta el 28 de febrero de 2014, pero se negó a dar órdenes para que se siguieran pagando las posteriores a esa fecha, conforme lo había ordenado la Resolución 0707 de 2013 mencionada atrás.

Así las cosas, la UPGG expidió la Resolución No. 009355 del 9 de marzo de 2017, reconociendo en favor de la señora Gallo Mejía el monto ordenado dentro del aludido proceso, omitiendo también hablar de las mesadas pensionales posteriores al 28 de febrero de 2014.

* A la hora de ahora la UGPP no ha pagado el monto que se le ordenó mediante el proceso ordinario, y que la misma entidad reconoció en la Resolución No. 009355 del 9 de marzo de 2017, tampoco las mesadas generadas desde el 1º de marzo de 2014, a pesar de que la pensión que se le sustituyó mediante la Resolución No. 0707 del 12 de junio de 2013 es vitalicia.

**PRETENSIONES:**

De acuerdo a los hechos narrados en precedencia, solicitó el accionante que se ordene a la UGPP cumplir con la Resolución No. RDP 009355 del 9 de marzo de 2017, por medio de la cual se ordenó en favor de su representada el pago de $26.798.280, correspondientes a las mesadas pensionales ocasionadas entre el 25 de diciembre de 2010, hasta el 28 de febrero de 2014.

Además, se ordene a la mencionada entidad cumplir con la Resolución No. 0707 del 12 de junio de 2013, y por ende, pagarle a la señora Gallo Mejía las mesadas a las que tiene derecho desde el 1º de marzo de 2014 en adelante, y de forma vitalicia.

Finalmente compulsar copias del asunto a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, para que inicien investigación por las demoras en las que ha incurrido la UGPP para pagar las mesadas correspondientes a la sustitución pensional de la señora María Mildred Gallo Mejía.

**TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA:**

La presente acción de tutela fue tramitada por parte del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, Despacho que avocó el conocimiento de la actuación el día 12 de junio de 2017 en contra de la UGPP, a quien ordenó la respectiva notificación para que ejerciera su derecho de defensa.

Posteriormente, profirió sentencia el día 23 de junio, en la cual negó la solicitud de amparo invocada, por tratarse de un hecho superado, y en consecuencia haber desaparecido su objeto.

Lo anterior, porque a consideración del Juez de primer nivel, la entidad accionada ya resolvió lo solicitado por el libelista a través de la presente acción constitucional, con la respectiva inclusión en nómina requerida por él.

**FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN:**

Una vez enterado de la decisión de instancia, el apoderado judicial de la señora María Mildred allegó un escrito el 29 de junio del año avante, mediante el cual la impugnó.

Expuso que aunque a su prohijada se le notificó la Resolución No. RDP 009355 del 9 de marzo del año que transcurre, en aquel acto administrativo sólo se ordenó el pago de las mesadas entre el 25 de diciembre de 2010 y el 28 de febrero de 2014, sin que allí se dijera nada acerca de las mesadas posteriores, ni tampoco sobre el pago de las costas procesales. Además, aseguró que hasta el momento no se le ha pagado lo dispuesto en la aludida resolución, por lo tanto, el sólo anuncio del pago no se puede considerar como un hecho superado.

Por otra parte, la Resolución No. ADP 003735 del 23 de mayo de 2017, a la cual hizo referencia el Juez de primera instancia, no se le ha notificado, además reiteró que el pago todavía no se ha ejecutado, por lo tanto, los derechos fundamentales de su representada siguen siendo quebrantados hasta tanto se lleve a cabo el respectivo pago de las mesadas pensionales adeudadas y las que se generen en adelante.

Bajo esos argumentos, reiteró el impugnante las pretensiones planteadas en su escrito inicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

**1. Competencia:**

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

**2. Problema jurídico a resolver:**

Le corresponde a la Sala determinar si en el presente asunto es o no procedente la tutela para conceder a la señora María Mildred Gallo Mejía las pretensiones que se desprenden del escrito de tutela presentado por su apoderado judicial, que se concentran en dos principales a saber: i) Ordenar a la UGPP que haga efectivo el pago de las mesadas pensionales reconocidas por medio de la Resolución No. RDP 009355 del 9 de marzo de 2017, ocasionadas entre el 25 de diciembre de 2010, hasta el 28 de febrero de 2014; ii) Ordenar a la misma entidad que continúe pagando las mesadas ocasionadas con posterioridad al 28 de febrero de 2014, y de forma vitalicia, tal como había establecido la Resolución No. 0707 del 12 de junio de 2013.

**3. Solución:**

El amparo previsto en el artículo 86 Superior como mecanismo procesal, tiene por objeto la eficaz, concreta e inmediata protección de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de conculcación.

Es pertinente recordar que la acción constitucional tiene un propósito claro, definido, y estricto, que no es otro que brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurar el respeto efectivo de los derechos fundamentales que se le reconocen[[1]](#footnote-1); consiste en una decisión de inmediato cumplimiento, para que la persona respecto de quien se demostró que vulneró o amenazó conculcar derechos fundamentales, actúe o se abstenga de hacerlo; denota entonces la importancia que tiene la orden de protección para la eficacia del amparo, ya que sería inocuo que pese a demostrar el desconocimiento de un derecho fundamental, el Juez no adoptara las medidas necesarias para garantizar materialmente su goce.

Sin embargo, aunque la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal, puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales; esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

**Sobre la procedibilidad de la tutela:**

El artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela solo procederá cuando *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.* En consonancia con ello, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 indica que son causales de improcedencia de la acción de tutela, las siguientes:

“*1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*

*2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*

*3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

*4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*

*5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”*

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria, donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión el conflicto propuesto.

Por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso, o como el primero pero de manera transitoria, y cuando a simple vista se pueda establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable. Frente al tema ha dicho la Corte Constitucional:

*“Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:*

*“Según esta exigencia, entonces,* ***si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales.******De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales.*** *Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”*

*Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*

***La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”[[2]](#footnote-2)***

En ese orden de ideas, el Juez de Tutela debe ser inflexible al exigir el requisito de procedibilidad denominado residualidad, porque el mismo va dirigido a que exista completa armonía y división de las respectivas competencias que se han distribuido dentro de la Rama Judicial, como uno de los poderes públicos. Ha sido doctrina constitucional probable, la siguiente:

*“… cuando se configuren esas circunstancias de carácter excepcional que desplazan el mecanismo judicial ordinario y abren paso a la intervención de la jurisdicción constitucional, se requiere que: i) el asunto debatido tenga relevancia constitucional, es decir, que se trate indiscutiblemente de la protección de un derecho fundamental; ii)* ***que el problema constitucional que se plantea aparezca probado de tal manera que para la verificación de la vulneración del derecho fundamental cuyo amparo se solicita, no se requiera ningún análisis de tipo legal, reglamentario o convencional, que exija del juez constitucional un ejercicio probatorio que supere sus facultades y competencias****; y, iii) que el mecanismo judicial ordinario resulte insuficiente para proteger los derechos fundamentales violados o amenazados. No obstante la regla general de solución de controversias laborales por parte de la jurisdicción competente [ordinaria o contenciosa], paralelamente la jurisprudencia constitucional ha sostenido que de manera excepcional ante ciertas circunstancias, puede abrirse paso la acción de tutela para resolver ese tipo de conflictos,…”.[[3]](#footnote-3)(Negrillas y subrayas por fuera del texto original).*

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto; tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales”, tal y como lo ha expuesto la Corte Constitucional así:

*“…también se concibe como una medida judicial subsidiaria y residual, en tanto que sólo procede en ausencia de otros mecanismos de defensa judicial, a menos que* ***se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y mientras se puede acudir a las acciones y recursos ordinarios****. Por lo mismo es claro que el constituyente no consagró con la tutela una vía procesal alternativa o paralela a las comunes para hacer valer los derechos, de manera que únicamente podrá utilizarse la figura en cuanto el interesado carezca de otra vía procesal para defender un derecho fundamental, y sólo esta clase de derechos…”[[4]](#footnote-4)*

Por manera que si estos presupuestos no se satisfacen por la parte demandante, es inviable estudiar de fondo las pretensiones del actor en sede constitucional.

**El caso concreto:**

En el presente asunto, el accionante pretende que a través de este mecanismo constitucional se ordene a la UGPP el pago de unas prestaciones económicas reconocidas a través de un acto administrativo expedido por esa entidad el 9 de marzo del año que transcurre, por medio del cual, en cumplimiento a una sentencia judicial, reconoció en favor de la señora María Mildred Gallo Mejía unas mesadas pensionales ocasionadas entre el 25 de diciembre de 2010 hasta el 28 de febrero de 2014, derivadas de una sustitución pensional que se le otorgó con ocasión de la muerte de su difunto compañero sentimental.

Respecto de dicha solicitud, la Corporación debe decir de entrada que no es posible acceder a la misma, toda vez que como se dijo en párrafos anteriores, la acción de tutela no es la vía para que las personas obtengan el reconocimiento y pago de derechos prestacionales, ni acudir a ésta suplantando o evadiendo los medios judiciales existentes y ordinarios establecidos por el legislador, máxime cuando en el presente caso no existe prueba de esa urgencia y necesidad de que el juez constitucional se inmiscuya en asuntos que deben ser debatidos ante la justicia ordinaria dada la complejidad de los mismos.

En el presente caso es claro que el libelista accionó primeramente en sede constitucional antes que recurrir a las vías ordinarias, sin embargo, no se evidencia una situación de riesgo que demuestre la afectación al mínimo vital de su prohijada, por lo que no encuentra la Colegiatura razón para que omita acudir ante el juez natural, y ejerza allí los mecanismos de cobro ejecutivo que contempla la ley para ese tipo de eventos, pues este mecanismo de amparo constitucional no ha sido concebido como una alternativa que permita a quien crea consolidado algún derecho elegir en cuál jurisdicción desea elevar su solicitud.

Ahora, bajo las mismas premisas explicadas hasta ahora, tampoco resulta viable desde ningún punto de vista entrar a emitir algún pronunciamiento frente a la vigencia o duración del derecho pensional que por parte de la accionada se le ha concedido a la señora Gallo Mejía, pues como se puede desprender de la información obrante en el expediente, tal pretensión ya fue objeto de análisis en sede ordinaria, donde no solamente un Juez en primera instancia decidió sobre el asunto propuesto, sino que fue avalado en segunda instancia por parte de la Sala Laboral de este Tribunal Superior.

Por otra parte, aunque el mismo togado accionante asegura que en aquella oportunidad el Juez Laboral Cognoscente “se negó a dar órdenes para que se siguieran pagando las mesadas posteriores al 28 de febrero de 2014…”, no le queda claro a esta Corporación, si la solicitud que hoy pretende resolver el Doctor Duque Gaviria a través de este excepcional mecanismo, fue puesta a consideración de esas instancias, y como tal fue objeto de debate en ese momento; sin embargo, de haber sido así, no se encuentra justificada la razón por la cual deba ser este Juez constitucional quien dirima el asunto, y no aquél que por su especialidad en el asunto, tuvo la oportunidad de efectuar un análisis probatorio concienzudo bajo el principio de inmediación.

Finalmente, se pudo verificar que mediante la Resolución No. ADP 003735 del 23 de mayo de 2017 se ordenó la inclusión en nómina de la señora María Mildred, la cual, aunque no constituye un hecho superado frente a las pretensiones concretas del accionante, sí se torna en una respuesta razonable a su incertidumbre acerca de la expectativa pago de las acreencias reconocidas por la encartada, por lo tanto, en la actualidad tiene según su criterio la posibilidad de esperar la efectivización del pago reclamado, o agotar el proceso ejecutivo pertinente para ello.

Por último, en lo que tiene que ver con el pago de las costas procesales aparentemente otorgadas en favor suyo, la UGPP explicó que para esos efectos se debe expedir un acto administrativo diferente, ello, después de adelantar un trámite especial ante la Subdirección Financiera de la entidad, y una vez el Ministerio de Hacienda, a través del Consejo Superior de Política Fiscal –CONFIS- asigne los recursos para ese fin, lo cual resulta ser la razón por la cual no se dijo nada respecto a ese aspecto en la Resolución No. RD 009355 del 9 de marzo de 2017.

Puntualizando, la presente acción resulta improcedente desde el punto de vista planteado por el Doctor Arturo Duque Gaviria, toda vez que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, o por lo menos la acreditación de un eventual perjuicio irremediable que permitiera dar paso al análisis de fondo sobre el asunto planteado.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad el 23 de junio de 2017, y en su lugar **NEGAR POR IMPROCEDENTE** la acción de tutela instaurada por la señora **MARÍA MILDRED GALLO MEJÍA.**

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Constitucional, Sentencia T-01 de 1992. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-097 del 16 de febrero de 2006, MP: Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia T -254 de 1993 [↑](#footnote-ref-4)