

IMPEDIMENTO - Causal de impedimento: numeral 1 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal / INTERES DIRECTO - Noción

El interés directo corresponde a una causal que la doctrina ha identificado como residual o genérica, por cuanto en ella es posible relacionar todos aquellos supuestos que tengan la capacidad de doblegar la imparcialidad del funcionario judicial. Respecto de la causal de impedimento examinada, valga precisar, en primer lugar, que el interés de que habla la ley puede ser directo o indirecto y de cualquier índole, es decir, material, intelectual o inclusive puramente moral... no comprende sólo el interés económico, el más común, sino cualquier otro motivo que lleve al funcionario a querer determinada decisión, acorde con el interés (de cualquier índole) que abrigue frente al proceso. Y en segundo lugar, que la causal de impedimento no se configura por la existencia de cualquier interés, sino que se requiere de uno que, se repite, doblegue la objetividad del Juez y afecte su imparcialidad, a tal punto que lo imposibilita para actuar con equilibrio... el interés a que se refiere el numeral 1 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, en el que se apoya el impedimento, puede ser de cualquier clase, y como bien lo advirtió la Corte Suprema de Justicia ...la Ley no distingue la clase de interés que ha de tenerse en cuenta...y no haciéndose tal distinción, el interés moral queda comprendido en la causal... En otras palabras, la causal de impedimento alegada no sólo comprende el interés económico, sino cualquier otro motivo que lleve al funcionario a querer determinada decisión, acorde con el interés -sea directo o indirecto- que abrigue frente al proceso.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTICULO 56 NUMERAL 1 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 39

NOTA DE RELATORIA: Al respecto, consultar auto del 17 de marzo de 1995, exp. 4971, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

ACCION DE TUTELA - Naturaleza subsidiaria y residual

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto, la cual, en principio, procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. En el evento de existir esa otra herramienta de defensa, la tutela será procedente si se alega que se propone como mecanismo transitorio con el que se busca evitar un perjuicio irremediable. El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de acudir a los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Por lo mismo ha de entenderse que la acción de tutela no es una herramienta judicial que pueda desplazar los mecanismos judiciales ordinarios de defensa, si ellos son idóneos y eficaces para la realización de los derechos de las personas. Lo anterior, sin perjuicio de su utilización como mecanismo transitorio, cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable. La Jurisprudencia constitucional, ha precisado que la acción de tutela es improcedente en cuanto se utilice como instrumento adicional o supletorio, o cuando con ella se pretenda obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción, en razón a su naturaleza subsidiaria o residual... Cuando dicha acción se ejerce como mecanismo transitorio, es necesario que el afectado en alguno de sus derechos fundamentales, acredite ante el juez de tutela que se

encuentra en una situación de tal gravedad, que el amparo es urgente e impostergable, pues de no otorgarse, se producirá en forma inminente la violación del derecho.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 1 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 6 NUMERAL 1

ACTO ADMINISTRATIVO - Concepto en sentido amplio

Por acto administrativo se ha entendido, aquella declaración unilateral de voluntad, proveniente de la autoridad pública en ejercicio de la función administrativa, o de los órganos de control en ejercicio de la función de control, que produce efectos jurídicos de manera definitiva, creando, modificando o extinguiendo una relación jurídica.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la improcedencia de la acción de tutela para impugnar actos administrativos, consultar sentencia del 21 de abril de 2005, exp. 06987. En igual sentido, ver sentencia T-214 de 2004 de la Corte Constitucional.

REDUCCION DE MESADAS PENSIONALES EN APLICACION DE LA SENTENCIA C-258 DE 2013 - Debido proceso administrativo / REGIMEN PENSIONAL DE CONGRESISTAS - Reajuste de la mesada pensional al tope de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes / IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA PARA CUESTIONAR LA LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR EL CUAL SE REDUJO MESADA PENSIONAL - Existencia de otro mecanismo de defensa judicial / INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD - Improcedencia de la acción de tutela. Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho es el mecanismo idóneo para controvertir el acto por el cual se reajusta la mesada pensional en cumplimiento de la sentencia C-258 de 2013

En el caso sub examine, se observa que a través del Oficio No. 20132000071101 del 17 de julio de 2013, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República FONPRECON le informó al actor, que daría cumplimiento a la Sentencia C-258 de 2013, que determinó que las mesadas pensionales reconocidas de conformidad con el régimen especial de pensiones de Senadores y Representantes a la Cámara, previsto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, a partir del 1 de julio de 2013, debían ser ajustadas al tope de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En sentir de la Sala, no se está en presencia de un acto administrativo de ejecución, propio del cumplimiento de una orden judicial con efectos inter partes, sino frente a una decisión ejecutoria de la administración, que en ejercicio, precisamente, de la función administrativa busca concretar el mandato general contenido en la norma plasmada en la sentencia de constitucionalidad que se trata... el acto administrativo contenido en el Oficio No. 20132000071101 del 17 de julio de 2013, del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República FONPRECON, es un acto administrativo que modifica y extingue una situación particular y concreta del pensionado accionante, y por tanto, susceptible de control judicial... considera la Sala que para cuestionar la legalidad de la decisión contenida en el oficio mencionado, le corresponde al actor acudir a los medios ordinarios de defensa judicial con que cuenta (el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho), ya que es competencia del juez contencioso administrativo, luego de un amplio debate, determinar: i) si para la disminución de la pensión del señor Heraclio Fernández Sandoval, se debió surtir un procedimiento previo; ii) si su pensión se encontraba regulada por las normas cuya exequibilidad se pronunció la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-

258 de 2013, y iii) si para ajustar su mesada al tope de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, era menester dar cumplimiento a las normas que regulan la figura de la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular y concreto. En otras palabras, corresponde al actor, a través de un proceso judicial, ante el juez natural, desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que le ocasiona el perjuicio que invoca por la vía de la presente acción constitucional.

FUENTE FORMAL: LEY 4 DE 1992 - ARTICULO 17

NOTA DE RELATORIA: Sobre el reajuste de las mesadas pensionales cuando han sido reconocidas de conformidad con el régimen de los congresistas (artículo 17 de la Ley 4 de 1992), ver: sentencia C-258 de 2013, de la Corte Constitucional.

ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO - Improcedente por inexistencia de perjuicio irremediable

Observa la Sala que las pruebas aportadas al expediente permiten establecer que el actor actualmente tiene 81 años, y que padece algunos quebrantos de salud, razón por la que debe ser considerado como sujeto de especial protección constitucional, a la luz del inciso 3 del artículo 13 de la Constitución Política. Sin embargo, se advierte que en la actualidad el demandante tiene debidamente garantizada la prestación de los servicios de salud ya que actualmente se encuentra afiliado a Colsanitas medicina prepagada, y además, se encuentra garantizado su mínimo vital, como quiera que mensualmente recibe una mesada pensional de \$14'737.500, y lo que permite concluir que tiene medios para garantizar su subsistencia en condiciones dignas y que sus problemas de salud están siendo atendidos por los profesionales idóneos. Por último, es del caso señalar que la solicitud de otorgar un amparo transitorio por encontrarse en trámite la demanda ordinaria radicada con el No. 2007-0138, resulta improcedente, ya que, contrario a lo que afirmado por el accionante, dicho trámite judicial concluyó con la sentencia segunda instancia, como se acreditó con la copia de la providencias aportadas al presente trámite.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-42-000-2013-05117-01(AC)

Actor: HERACLIO FERNANDEZ SANDOVAL

Demandado: FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA (FONPRECON)

Decide la Sala la impugnación interpuesta por el señor HERÁCLIO FERNÁNDEZ SANDOVAL contra la sentencia del **19 de septiembre de 2013**, proferida por el

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "C", que negó por improcedente la presente acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

El señor HERÁCLIO FERNÁNDEZ SANDOVAL, por intermedio de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra el FONDO DE PREVENCIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA (FONPRECON), por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida y al debido proceso.

1. Hechos

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

1.1. Mediante la Resolución No. 516 de 1990, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) reconoció pensión de jubilación al señor Heraclio Fernández Sandoval (ex congresista).

1.2. Luego, por Resolución No. 1607 de 1994, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON), le reconoció al señor Heraclio Fernández Sandoval un "*reajuste especial*" sobre su pensión de jubilación, en los términos establecidos en la Ley 4ª de 1991 y en la Sentencia T-456 del 21 de octubre de 1994, de la Corte Constitucional.

1.3. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (acción de lesividad), el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) demandó al señor Heráclio Fernández Sandoval, con el fin de que se declarara la nulidad, entre otros, del acto administrativo antes referido.

1.4. El conocimiento del asunto le correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que, en sentencia del **29 de julio de 2010**, declaró no probadas las excepciones propuestas por el pensionado, como demandado (inepta demanda, falta de legitimidad en la causa por activa y caducidad), y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, bajo el entendido de que ordenó la reliquidación de la pensión reconocida al señor

Heráclio Fernández Sandoval, en los términos del artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, y denegó la solicitud relacionada con la devolución de las sumas de dinero “pagadas en exceso”.

1.5. Inconforme con la decisión, el señor Fernández Sandoval interpuso el recurso de apelación ante el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, que en sentencia del 27 de septiembre de 2012, confirmó la decisión de primera instancia.

Asimismo, a través de providencia del 11 de julio de 2013, dicha Subsección denegó las solicitudes de nulidad y aclaración presentada por el apoderado judicial del señor Heraclio Fernández Sandoval (aquí accionante).

1.6. El 7 de mayo de 2013, mediante la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de las expresiones “*durante el último año*”, “*por todo concepto*”, y “*se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal*”, **contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992**, así como la expresión “*por todo concepto*”, inserta en su párrafo.

En la misma providencia, **la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de las restantes expresiones del artículo 17 ibídem**, relacionadas con el régimen pensional de los congresistas y otros servidores públicos.

1.7. En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia relacionada en el párrafo anterior, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) profirió el *Oficio No. 20132000071101 del 17 de julio de 2013*, a través del cual le informó al señor Heráclio Fernández Sandoval que “...a partir del mes de julio de 2013 su mesada pensional ser[í]a ajustada al tope de 25 smmlv...”.

1.8. Contra la anterior decisión administrativa, el apoderado del señor Fernández Sandoval interpuso el recurso de reposición. No obstante, el mismo fue negado por improcedente, con el argumento de los actos administrativos de ejecución, por regla general, no son susceptibles de ningún recurso.

2. Fundamentos de la demanda

Los argumentos expuestos en la demanda de tutela de la referencia, se circunscriben al hecho de que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) revocó directamente el acto administrativo particular mediante el cual reconoció, a favor del señor Heraclio Fernández Sandoval, el reajuste pensional de que trata la Ley 4ª de 1992, sin obtener su consentimiento, pese a que las normas que regulan la figura de la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular y concreto establecen tal obligación.

De otra parte, sostiene que la sentencia de la Corte Constitucional que sirvió de fundamento para “ajustar” la mesada pensional del actor aún no estaba ejecutoriada, ya que ésta fue objeto de solicitudes de nulidad, “aclaración” y “complementación”, lo que implica, entre otras cosas, que tal providencia no puede ser tenida en cuenta para dar sustento al acto administrativo en cuestión.

Así mismo, el apoderado judicial de la parte actora puso de presente que el señor Heráclio Fernández Sandoval, actualmente tiene 81 años de edad, que su única fuente de ingreso es la pensión de jubilación reconocida por FONPRECON, que se encuentra en condición de discapacidad, y por lo tanto, que no puede “desempeñar ningún trabajo”.

3. Pretensiones

Entiende la Sala que, mediante el ejercicio de la acción de tutela de la referencia, se pretende dejar sin efectos el Oficio No. 20132000071101 del 17 de julio de 2013, a través del cual, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) le informó al señor Heráclio Fernández Sandoval que “...a partir del mes de julio de 2013 su mesada pensional ser[í]a ajustada al tope de 25 smmlv...” (folios 14).

De la lectura del escrito de tutela, entiende la Sala que también se pretende la protección transitoria de los derechos fundamentales del señor Heraclio Fernández Sandoval, que invoca como fundamento de sus pretensiones, frente a la decisión de “ajustó” su pensión de jubilación, en el entendido de que, según lo afirma, se trata de una persona de la tercera edad que requiere de la pensión tal y como la venía recibiendo.

4. Trámite

4.1. Una vez avocado el conocimiento de la presente acción por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", mediante auto del 6 de septiembre de 2013 ordenó notificar a las partes (folios 54 – 55).

4.2. Es del caso precisar que el expediente de la referencia pasó a este despacho hasta el 15 de enero de 2014, luego de que la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez se declarara impedida para conocer el asunto de la referencia, por encontrarse incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 1º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al trámite de las acciones de tutela, en virtud de lo señalado por el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991.

4.3. En decisión del 11 de febrero de 2013, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por importancia jurídica dispuso la acumulación de las acciones de tutela en trámite, interpuestas con ocasión de la aplicación de la Sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional, motivo por el cual, el expediente de la referencia fue remitido al despacho de la magistrada Bertha Lucía Ramírez de Páez (folios 171), la cual, por autos del 18 de febrero y del 6 de marzo, ambos de 2014 decretó la acumulación de las acciones de tutela (folios 173 – 181).

4.4. Posteriormente, en escrito del 28 de abril de 2014, la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, como miembro de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, manifestó su impedimento para continuar conociendo de las acciones de tutela acumuladas, y por tal motivo, remitió los mismos a este Despacho, por ser el siguiente en turno (folios 186 188).

4.5. Encontrándose los expedientes acumulados para resolver la manifestación de impedimento presentada por la ponente, en sesión del 28 de mayo de 2014, la Sala Plena de la Corporación, dispuso que las demandas acumuladas al expediente de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, fueran devueltas a los correspondientes despachos de origen, por considerar que las razones para avocar su conocimiento habían desaparecido (folios 189). El expediente de la referencia, se recibió por este despacho el día 6 de junio de 2014 (folios 214).

5. Intervenciones

El **Fondo de Prestaciones Social del Congreso de la República (FONPRECON)**, a través de la Dirección General, rindió el respectivo informe.

Aclaró que no le asiste razón al demandante, cuando afirma que el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 29 de julio de 2010, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida, aún no ha sido resuelto, ya que el mismo ya fue desatado en sentencia del 27 de septiembre de 2012, dictada por la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, solicitó que se denegara por improcedente la presente acción de tutela, con el argumento de que dicha entidad no ha realizado ningún acto que pueda considerarse vulneratorio de los derechos fundamentales invocados como transgredidos.

Afirmó que lo que se busca, mediante el ejercicio de la acción de tutela, es la inaplicación de una sentencia de constitucionalidad (particularmente de la Sentencia C-258 de 2013), en lo relacionado con los reajustes pensionales al tope máximo de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que dispone la Constitución Política.

Explicó, que de conformidad con los artículos 45 y 48 de la Ley 270 de 1996, las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en el marco del control constitucional que dicho tribunal ejerce, tienen efectos *erga omnes* y son de obligatorio cumplimiento.

A juicio de la parte accionada, resulta “absurdo” considerar que un juez de tutela pueda abrogarse el poder para dejar sin efectos una sentencia dictada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales.

Adujo que al aceptar que una pensión de veinticinco salarios mínimos mensuales legales vigentes afecta la vida de un pensionado, se estaría desconociendo la

realidad económica y social del país, ya que “...la pensión que a la fecha ha recibido el excongresista y que estima que pone en peligro su vida es mayor a los ingresos del 99.9% de la población colombiana y excede en mucho el promedio de las pensiones del país...”. En este mismo sentido, consideró que es “particularmente ofensivo”, en términos de moralidad pública, que se considere que recibir una pensión como la que actualmente recibe el actor es violatorio del derecho a la vida.

6. Providencia Impugnada

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “C”, en sentencia del 19 de septiembre de 2013, denegó por improcedente la acción de tutela de la referencia, con el argumento de que el señor Heráclio Fernández Sandoval cuenta con otro medio judicial para acceder a sus pretensiones.

Consideró que el *a quo* que el señor Heraclio Fernández Sandoval no se encuentra en un estado de indefensión, gravedad o de debilidad manifiesta que haga impostergable el amparo transitorio de sus derechos fundamentales, pues actualmente recibe, como pensión de jubilación, veinticinco salarios mínimos mensuales legales vigentes.

7. Impugnación

La parte accionante impugnó la anterior decisión, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en el escrito de demanda de tutela, y agregó que el juez de primera instancia no se refirió de fondo a ninguno de ellos.

Adujo que los asuntos relacionados con las cuantías de las pensiones son temas que deben analizarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta para ello el “nivel de vida” y el “estatus social” de cada persona, ya que un monto de dinero determinado puede ser suficiente para una persona, y no serlo para otra.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Aspecto previo. Del impedimento manifestado.

1.1. Encontrándose el proceso para fallo, se observa que la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, magistrada ponente, en auto del 7 de noviembre de 2013 manifestó su impedimento para conocer de la acción de tutela de la referencia. En consecuencia, corresponde a este Despacho, que es el que le sigue en turno, decidir sobre la manifestación de impedimento referidas.

Para manifestar su impedimento, la consejera ponente invocó la causal consagrada en el numeral 1º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al *sub lite* por remisión del artículo 39 del Decreto 2591 de 1991¹, por considerar que “...la decisión que se tome sobre la solicitud de tutela me interesa directamente, porque puede afectar mi aspiración pensional en atención al artículo 28 del Decreto 104 de 1994...”.

1.2. De conformidad con los artículos 29 de la Constitución Política, y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos², el debido proceso es una garantía fundamental que se debe aplicar a toda clase de actuaciones o procedimientos, bien sea administrativos o judiciales, entre otros más. Por lo tanto, en las acciones de tutela y, en general, en cualquier clase de proceso judicial, se deben preservar todas las garantías propias del debido proceso, incluidas las de independencia e imparcialidad.

En desarrollo de tales criterios, el legislador previó la existencia de ciertas circunstancias que comprometen la imparcialidad –*característica connatural del juez en el Estado de Derecho*– de los funcionarios judiciales y, conforme a ellas, estableció en el ordenamiento una serie de causales de impedimento o de recusación, cuyo objeto no es otro que preservar precisamente esas garantías.

1.3. En el trámite de la acción de tutela, son aplicables las causales de impedimento previstas en el Código de Procedimiento Penal (artículo 56), por remisión expresa del artículo 39 del Decreto 2591 de 1991.

Para el caso concretó se invocó la causal señalada por el numeral 1º del artículo 56 del Código de Procedimiento penal, que dispone:

¹ ARTICULO 39. RECUSACION. En ningún caso será procedente la recusación. El juez deberá declararse impedido cuando concurran las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal so pena de incurrir en la sanción disciplinaria correspondiente. El juez que conozca de la impugnación del fallo de tutela deberá adoptar las medidas procedentes para que se inicie el procedimiento disciplinario, si fuere el caso.

² Aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

“Artículo 56. Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

1. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal. [...]

1.4. El interés directo corresponde a una causal que la doctrina ha identificado como residual o genérica, por cuanto en ella es posible relacionar todos aquellos supuestos que tengan la capacidad de doblegar la imparcialidad del funcionario judicial.

Respecto de la causal de impedimento examinada, valga precisar, en primer lugar, que *“el interés de que habla la ley puede ser directo o indirecto y de cualquier índole, es decir, material, intelectual o inclusive puramente moral... no comprende sólo el interés económico, el más común, sino cualquier otro motivo que lleve al funcionario a querer determinada decisión, acorde con el interés (de cualquier índole) que abrigue frente al proceso”*³. Y en segundo lugar, que la causal de impedimento no se configura por la existencia de cualquier interés, sino que se requiere de uno que, se repite, *dobleque* la objetividad del Juez y afecte su imparcialidad, a tal punto que lo imposibilita para *“actuar con equilibrio”*.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia⁴ ha sostenido, de vieja data, que:

*“...Si con el permiso del Código Civil en cuanto al uso de las palabras tenemos en cuenta que inclinar significa bajar, persuadir, estar dispuesto a algo; inclinación equivale a disposición, tendencia, natural, debilidad, predisposición, propensión, vocación, y si lo vehemente es lo ardiente, lo impetuoso y es sinónimo de pasión, turbulencia, arrebató, fogosidad, impetuosidad, e impulsividad, concluimos que **el interés del funcionario que concurre al impedimento no es elemental, el que ordinariamente se puede tener, sino aquél que lo seduce que lo empuja, que lo lleva con fuerza a sentirse imposibilitado de actuar con equilibrio**, y esto, obviamente, ni se puede pensar, ni se le puede admitir a un funcionario de la justicia, que se debe caracterizar más que nadie, por su ponderación, moderación y equilibrio, por encima, muy por encima, del ciudadano común y corriente no solo porque es “Juez sino porque mucho más arriba de sus egoísmos, y mezquindades particulares debe colocar el bienestar de la justicia y su sujeción, antes que todo, al imperio de la ley, como lo manda la Constitución Política.*

³ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I. 9ª ed. Editorial Dupré. Bogotá, 2007. Pág. 233-234.

⁴ Auto del 17 de marzo de 1995, Sala de Casación Civil, Expediente No. 4971

*“Es preciso decir, entonces, que para efectos de realizar el juicio sobre si el interés que le asiste al funcionario judicial tiene o no aptitud para **alterar su imparcialidad**, ha de valorarse el estricto ámbito legal que regula su función, con el objeto de establecer, **si a pesar de los mandatos que regulan su gestión, el interés que profesa en el proceso, así como su motivo, tienen suficiente entidad como para llevarlo a desbordar sus obligaciones constitucionales y reglamentarias**”* (Resaltos propios).

Ahora, el interés a que se refiere el numeral 1º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, en el que se apoya el impedimento, puede ser de cualquier clase, y como bien lo advirtió la Corte Suprema de Justicia⁵ *“...la Ley no distingue la clase de interés que ha de tenerse en cuenta...y no haciéndose tal distinción, el interés moral queda comprendido en la causal...”*. En otras palabras, la causal de impedimento alegada no sólo comprende el interés económico, sino cualquier otro motivo que lleve al funcionario a querer determinada decisión, acorde con el interés –sea *directo* o *indirecto*– que abrigue frente al proceso.

1.5. Por lo expuesto, se declarará fundado el impedimento manifestado por la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, y en consecuencia, se pasará a proferir sentencia de segunda instancia, por los demás magistrados que conforman esta Sala.

2. La acción de tutela.

2.1. *Finalidad.* La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1º establece que **“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto”**, la cual, en principio, procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

⁵ Corte Suprema de Justicia, auto del 6 de junio de 1935, G.J t XII, Pág. 87.

En el evento de existir esa otra herramienta de defensa, la tutela será procedente si se alega que se propone como mecanismo transitorio con el que se busca evitar un perjuicio irremediable.

2.2. Subsidiariedad. El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de acudir a los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Por lo mismo ha de entenderse que la acción de tutela no es una herramienta judicial que pueda desplazar los mecanismos judiciales ordinarios de defensa, si ellos son idóneos y eficaces para la realización de los derechos de las personas. Lo anterior, sin perjuicio de su utilización como mecanismo transitorio, cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable.

Lo dicho, no es más que una manifestación del principio de subsidiariedad de la tutela, que consiste precisamente en el agotamiento de los medios de protección de los derechos, denominados ordinarios, con el propósito de salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales, garantizar la independencia judicial y preservar uno de los fundamentos del debido proceso como lo es la aplicación de los procedimientos debidos a cada caso concreto.

2.3. Acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El artículo 6º del Decreto 2591, por medio del cual se reglamentó la acción de tutela, en su numeral 1º, estableció como causal de improcedencia de la acción *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellas 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 encuentre el solicitante”*.

La Jurisprudencia constitucional, ha precisado que la acción de tutela es improcedente en cuanto se utilice como instrumento adicional o supletorio, o cuando con ella se pretenda obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción, en razón a su naturaleza subsidiaria o residual.

Sobre el particular, se anotó que *“...mientras la persona que se dice amenazada o vulnerada en uno de sus derechos fundamentales disponga de otro medio de defensa judicial para lograr su protección, no es procedente la acción de tutela. Ésta sólo es viable a falta de otro mecanismo de defensa judicial y no es en manera alguna una vía judicial de la cual se pueda hacer uso paralelamente con otras acciones o recursos judiciales”*⁶.

De esta manera, la Corte Constitucional reiteró la naturaleza subsidiaria y residual de la acción, al señalar que, cuando el afectado en su derecho disponga de otro medio de defensa judicial, no es viable el mecanismo, a menos que se interponga como *mecanismo transitorio* y se demuestre la existencia del *perjuicio irremediable*.

Cuando dicha acción se ejerce como mecanismo transitorio, es necesario que el afectado en alguno de sus derechos fundamentales, acredite ante el juez de tutela que se encuentra en una situación de tal *“gravedad”*, que el amparo es *“urgente e impostergable”*, pues de no otorgarse, se producirá en forma *“inminente”* la violación del derecho.

Y se ha explicado que la tutela como mecanismo transitorio, fue prevista por el Constituyente *“...para el evento de producirse un perjuicio irremediable, en el entendido que allí la protección o amparo que se concede, si es del caso, sólo puede tener efectos de carácter temporal y transitorio, mientras se produce una decisión de fondo por parte del juez competente, cuando para la defensa y protección del derecho existe otro mecanismo judicial”*⁷.

Para determinar la existencia o no del perjuicio irremediable, es necesario tener en cuenta varios elementos, como son la *inminencia*, que exige medidas inmediatas; la *urgencia* que tiene el afectado de salir de ese perjuicio inminente, y la *gravedad* de los hechos, que hace impostergable la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

Por lo anterior, se tiene que no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino únicamente aquél que por ser inminente y grave requiere de la adopción de medidas urgentes e impostergables para su protección. En este

⁶ Ver las Sentencias T-202 de 1994, T-485 de 1994, T-015 de 1995, T-142 de 1998 y T-554 de 1998.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 711 de 2004. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

sentido, ha dicho la jurisprudencia que “...establecer cuando existe el perjuicio irremediable no es tarea fácil. En primer lugar hay que examinar si las acciones u omisiones son manifiestamente ilegítimos y contrarios a derecho, pues de otra manera no se violan ni amenazan los intereses del presunto afectado.”

3. Problema jurídico

Mediante el ejercicio de la presente acción, el señor *Heraclio Fernández Sandoval* busca la protección del derecho fundamental al debido proceso, que considera vulnerado por el *Fondo de Prestaciones Social del Congreso de la República (FONPRECON)*, con ocasión de la aplicación automática a su caso, de la Sentencia C-258 de 2013 proferida por la Corte Constitucional, lo que le representó la reducción de su mesada pensional, a un monto equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por su parte, el *Fondo de Prestaciones Sociales del Congreso de la República (FONPRECON)* sostiene que no desconoció el derecho fundamental del debido proceso del actor, porque la disminución de su mesada pensional obedeció al cumplimiento de una orden judicial, y en tal medida, no estaba obligada a adelantar un procedimiento administrativo previo, como lo sugiere el actor.

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar, si para dar aplicación a la Sentencia C-258 de 2013, y por tanto, para la consecuencial reducción del monto de la mesada pensional al señor *Heraclio Fernández Sandoval*, el Fondo de Prestaciones Sociales del Congreso de la República FONPRECON debió adelantar un procedimiento administrativo previo, que culminara con la expedición de un acto administrativo definitivo, o si podía hacerlo de manera automática, como efectivamente lo hizo.

4. Improcedencia de la acción de tutela para impugnar actos administrativos.

4.1. El Consejo de Estado se ha ocupado de definir el concepto de acto administrativo, y la improcedencia de la acción de tutela para atacar los mismos, salvo que se acredite un perjuicio irremediable.

Así, en Sentencia del 21 de abril de 2005, expediente 06987, esta Corporación sostuvo lo siguiente:

“Según esta Corporación, el acto administrativo es definido “...la expresión de voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas, que modifique el ordenamiento jurídico, es decir, que por sí misma cree, extinga o modifique una situación jurídica...”

“El control de legalidad que se ejerce en contra de los actos administrativos, por un lado corresponde primeramente a la administración cuando el administrado hace uso de los recursos de la Vía Gubernativa, y solo procede para los actos administrativos de carácter personal e individual; y en segunda medida a la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando el administrado inconforme con la decisión de la administración hace uso de las acciones contenciosas para controvertirlas, o cuando siendo actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, el administrado utiliza la acción de nulidad cuando observe que el acto es violatorio de normas legales.

“...De manera que la acción de tutela no puede ser utilizada para subrogar las funciones que la Constitución y la Ley imponen a las jurisdicciones y a los jueces para la resolución de las controversias, eso conllevaría a crear inseguridad en el ordenamiento jurídico, porque cualquier persona que se le haya violado o sienta amenazado un derecho fundamental constitucional, instaure para la protección inmediata de sus derechos la acción de tutela, y no el mecanismo que por ley debería utilizar.”

En igual sentido, la Corte Constitucional ha considerado la regla según la cual, la acción de tutela contra actos administrativos tiene un carácter excepcional, debido a la existencia de otros medios judiciales de defensa. En la Sentencia T-214 de 2004, se dijo al respecto:

*“Aunque el derecho al debido proceso administrativo adquirió rango fundamental, ello no significa que la tutela sea el medio adecuado para controvertir este tipo de actuaciones. **En principio, el ámbito propio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración es la jurisdicción contenciosa administrativa quien está vinculada con el deber de guarda y promoción de las garantías fundamentales.** Es en este contexto donde demandados y demandantes pueden desplegar una amplia y exhaustiva controversia argumentativa y probatoria, teniendo a su disposición los diversos recursos que la normatividad nacional contempla.*

“El recurso de amparo sólo será procedente, en consecuencia, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuenten con otro medio de defensa efectivo. El recurso de amparo, como sucede en la hipótesis de protección de todos los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo que implica que si la persona cuenta con un medio de defensa

efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente. En caso de existir otro medio de defensa, procede la tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable” (Resaltos intencionales).

4.2. Cuando se ejerce la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debe existir una manifestación de voluntad de la administración en relación con la cual se formula la pretensión, pues de acuerdo con la doctrina, “...desde el punto de vista procesal, la existencia previa del acto administrativo o disposición reglamentaria y las circunstancias que deben concurrir para ser susceptibles de impugnación constituyen un presupuesto procesal. Su tratamiento jurídico, por tanto, será el de los requisitos o presupuestos procesales, según el ordenamiento jurídico de que se trate...”⁸.

Lo anterior quiere decir que, el acto administrativo es un requisito objetivo de admisibilidad de la pretensión procesal, lo que significa que la justicia no interviene antes que la voluntad de la Administración se haya exteriorizado, lo cual se hará mediante el acto administrativo.

En sentido amplio, por acto administrativo se ha entendido, aquella declaración unilateral de voluntad, proveniente de la autoridad pública en ejercicio de la función administrativa, o de los órganos de control en ejercicio de la función de control, que produce efectos jurídicos de manera definitiva, creando, modificando o extinguiendo una relación jurídica.

Para acudir a la jurisdicción, es necesario que el acto administrativo sea definitivo, que es el que contiene la decisión propiamente dicha, con lo que se busca excluir a los actos de mero trámite, que son aquellos que se expiden como parte de un procedimiento administrativo y están encaminados a adoptar una decisión, o que cumplen un requisito posterior a ella. Solamente por excepción los actos de trámite son susceptibles de impugnación judicial, en los casos que impidan totalmente la tramitación de un reclamo o la continuación del procedimiento.

De esta forma, el requisito del acto definitivo queda cumplido con la presencia de un pronunciamiento formal, expreso y claro de la Administración, cuyo contenido es ilegítimo o denegatorio o lesivo según la pretensión del particular; o con la configuración del silencio administrativo, ante la ausencia de respuesta de la Administración en relación con la petición formulada por el administrado.

⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO HISPANOAMERICANO. Editorial Temis. 1985, Pág.167.

4.3. En el caso sub examine, se observa que a través del Oficio No. 20132000071101 del 17 de julio de 2013, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República FONPRECON le informó al señor Heraclio Fernández Sandoval, que daría cumplimiento a la Sentencia C-258 de 2013, que determinó que las mesadas pensionales reconocidas de conformidad con el régimen especial de pensiones de Senadores y Representantes a la Cámara, previsto en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, a partir del 1º de julio de 2013, debían ser ajustadas al tope de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En sentir de la Sala, no se está en presencia de un acto administrativo de ejecución, propio del cumplimiento de una orden judicial con efectos *inter partes*, sino frente a una decisión ejecutoria de la administración, que en ejercicio, precisamente, de la función administrativa busca concretar el mandato general contenido en la “norma” plasmada en la sentencia de constitucionalidad que se trata. Recuérdese, que cuando el Tribunal Constitucional “...*declara nula una ley por considerarla inconstitucional...su función es exactamente la de un legislador negativo...*”, lo que quiere significar que, “...*tales sentencias tienen los mismos efectos erga omnes que las leyes y cualesquiera normas...*”⁹.

De la misma manera, Hans Kelsen, explica que “...*la anulación de una ley es una función legislativa o, por decirlo así, un acto de legislación negativa. Un tribunal facultado para anular leyes –en forma individual o de manera general– funciona como legislador en sentido negativo...*”¹⁰.

En este orden de ideas, de manera semejante a lo que ocurre con la ley, es indispensable un acto subjetivo que desarrolle su mandato y, por lo mismo, será este la “causa” del daño que reclama el actor, habida cuenta que las reglas contenidas en la sentencia tienen la misma vocación de generalidad.

Por lo anterior, se reitera, el acto administrativo contenido en el Oficio No. 20132000071101 del 17 de julio de 2013, del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República FONPRECON, es un acto administrativo que modifica y

⁹ IGNACIO DE OTTO. Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes. Editorial Ariel S.A., 4ª reimpresión. Barcelona, julio 1995. Págs. 285 – 287.

¹⁰ HANS KELSEN. Teoría General del Derecho y del Estado. Universidad Nacional Autónoma de México. 5ª reimpresión 1995. Pág. 317 – 318.

extingue una situación particular y concreta del pensionado accionante, y por tanto, susceptible de control judicial.

5. El caso concreto.

5.1. El señor Heraclio Fernández Sandoval pretende que se deje sin efectos el Oficio No. 20132000071101 del 17 de julio de 2013, a través del cual, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) le informó que ajustaría su mesada pensional al tope de los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en aplicación de la Sentencia C – 258 de 2013 (folios 14).

Así mismo, solicita la protección transitoria de sus derechos fundamentales por tratarse de una persona de la tercera edad que requiere de la pensión tal y como la venía recibiendo.

5.2. El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) considera que no es posible solicitar la inaplicación de una sentencia de constitucionalidad, que ordenó el ajuste automático de las pensiones al tope máximo de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, porque según los artículos 45 y 48 de la Ley 270 de 1996, las mismas, además de carecer de recursos, tienen efectos *erga omnes* y son de obligatorio cumplimiento.

5.3. Para invocar la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, el actor adujo que el Fondo de Prestaciones Sociales del Congreso de la República desconoció las normas que regulan la revocatoria directa de los actos administrativos, porque disminuyó su pensión de jubilación “...*revocándola en forma directa...*” (fl. 40), sin que hubiese expresado su consentimiento previo, expreso y escrito para ello, con lo que se desconoció lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5.4. En el caso propuesto, mediante el Oficio No. 20132000071101 del 17 de julio de 2013, el Fondo de Prestaciones Sociales del Congreso de la República (FONPRECON) le informó al actor que en aplicación de la Sentencia C–258 de

2013, ajustaría su mesada pensional al tope de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del mes de julio de 2013.

5.5. De acuerdo con lo expuesto en acápite anteriores, considera la Sala que para cuestionar la legalidad de la decisión contenida en el oficio mencionado, le corresponde al actor acudir a los medios ordinarios de defensa judicial con que cuenta (el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho), ya que es competencia del juez contencioso administrativo, luego de un amplio debate, determinar: *i)* si para la disminución de la pensión del señor Heraclio Fernández Sandoval, se debió surtir un procedimiento previo; *ii)* si su pensión se encontraba regulada por las normas cuya exequibilidad se pronunció la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-258 de 2013, y *iii)* si para ajustar su mesada al tope de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, era menester dar cumplimiento a las normas que regulan la figura de la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular y concreto.

En otras palabras, corresponde al actor, a través de un proceso judicial, ante el juez natural, desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que le ocasiona el perjuicio que invoca por la vía de la presente acción constitucional.

6. El amparo transitorio solicitado

6.1. En el escrito de demanda de tutela, el actor solicitó, como mecanismo transitorio, *“...la revocatoria (...) de la decisión administrativa mediante la cual se le disminuyó a Heraclio Fernández Sandoval la pensión de jubilación a veinticinco salarios mínimos mensuales, legales, vigentes a partir del 1º de julio de 2013”*. Esta petición se formuló, teniendo en cuenta la edad del tutelante (81 años) y sus condiciones de salud (folios 38 y 46).

Así mismo, en el escrito de impugnación se refirió a la necesidad de otorgar un amparo transitorio frente al hecho de que la demanda ordinaria que interpuso, radicada con el No. 2007-01385, aún no se ha resuelto en segunda instancia.

6.2. Observa la Sala que las pruebas aportadas al expediente permiten establecer que el señor Fernández Sandoval actualmente tiene 81 años (folios 17 y 18), y que padece algunos quebrantos de salud (folios 15 y 16), razón por la que

debe ser considerado como sujeto de especial protección constitucional, a la luz del inciso 3º del artículo 13 de la Constitución Política.

Sin embargo, se advierte que en la actualidad el demandante tiene debidamente garantizada la prestación de los servicios de salud ya que actualmente se encuentra afiliado a "Colsanitas" medicina prepagada (fl. 37), y además, se encuentra garantizado su mínimo vital, como quiera que mensualmente recibe una mesada pensional de \$14'737.500 (fl. 37), y lo que permite concluir que tiene medios para garantizar su subsistencia en condiciones dignas y que sus problemas de salud están siendo atendidos por los profesionales idóneos.

6.3. Por último, es del caso señalar que la solicitud de otorgar un amparo transitorio por encontrarse en trámite la demanda ordinaria radicada con el No. 2007-0138, resulta improcedente, ya que, contrario a lo que afirmado por el accionante, dicho trámite judicial concluyó con la sentencia segunda instancia, como se acreditó con la copia de la providencias aportadas al presente trámite (folios 70 a 90).

7. En consecuencia, la Sala confirmará la providencia impugnada, proferida el 19 de septiembre de 2013, por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "C", que negó por improcedente la presente acción de tutela, por las razones expuestas en la presente providencia.

En mérito de lo expuesto **la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **DECLARAR** fundado el impedimento manifestado por la magistrada CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ, por las razones explicadas en la parte considerativa de esta providencia. En consecuencia, se le separa del conocimiento de la acción de tutela de la referencia.

2. **CONFÍRMASE** la decisión impugnada, proferida el **19 de septiembre de 2013**, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "C", por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3. **NOTIFÍQUESE** a los interesados, por telegrama o por cualquier otro medio expedito.

4. **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍERZ
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA