Cartagena de Indias, D. T. y C., siete (07) de junio de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control:	Acción de tutela
Radicado:	13001-33-33-015-2022-00096-01
Tutelante:	Manuel Flórez Rocha
Tutelado:	FIDUPREVISORA S.A. en su calidad de vocera del patrimonio autónomo Fondo Nacional del Pasivo Pensional y Prestacional de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. – FONECA-.
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO.

Procede el tribunal a resolver acorde con sus funciones y competencia en grado de consultor, la sentencia proferida el 20 de abril de 2022, mediante la cual el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, denegó la acción de tutela de referencia.

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda (archivo No. 01 del expediente digital).

a). Pretensiones.

El tutelante solicitó que se accediera a las siguientes pretensiones:

> ***"PRIMERO:*** *Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, cumplimiento efectivo de los fallos judiciales, a la igualdad, seguridad social y seguridad jurídica del señor Carlos Alberto Reales Camargo.*
>
> ***SEGUNDO:*** *Ordenar a FIDUPREVISORA S.A. en su calidad de vocera del patrimonio autónomo Fondo Nacional del Pasivo Pensional y Prestacional de la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. –FONECA- que, en el término de 48 horas, proceda a pagar el correspondiente retroactivo pensional e incluir en la nómina de pensionados al accionante Manuel Flórez Rocha como viene puesto de presente en la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena".*

b). Hechos.

Para fundamentar sus pretensiones, adujo, en resumen, lo siguiente:

En el año 2013 presentó una demanda ordinaria laboral contra ELECTRICARIBE Caribe S.A. E.S.P., con el objeto de que dicha empresa le reconociera una pensión de vejez.

La demanda fue asignada en primera instancia al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena bajo el radicado 13001-3105-003-2013-00308-00, quien mediante sentencia de 6 de marzo del 2014 accedió a las súplicas de la demanda, decisión que fue confirmada el 21 de abril de 2015, por la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y mediante providencia de 2 de junio de 2021 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió no casar la sentencia.

El 2 de diciembre de 2021 solicitó a través de correo electrónico a FONECA, entidad encargada de administrar los activos extinta ELECTRIFICARIBE S.A. E.S.P., el cumplimiento de la sentencia, pero dicha entidad no ha procedido a incluirlo en nómina de pensionados ni ha cancelado el retroactivo correspondiente.

Sostuvo que es una persona de la tercera edad y la omisión de la entidad accionado pone en riesgo sus derechos fundamentales.

3.2. Contestación (archivo No. 04 del expediente digital).

La FIDUPREVOSIRA S.A., actuando en calidad de en calidad de vocera del Patrimonio Autónomo Nacional del Pasivo Pensional y Prestacional de la Electrificadora del Caribe S.A., E.S.P. – FONECA-, adujo en resumen que no ha recibido ninguna petición del actor en sus correos tramitesfoneca@fiduprevisora.com.co y notjudicifoneca@fiduprevisora.com.co, y, además, el tutelante no aportó prueba del envío de la petición al que alude en la acción de tutela, por lo que no existe violación de sus derechos fundamentales y por ello se debe denegar las pretensiones de la demanda.

3.3. Sentencia impugnada (archivo No. 09 del expediente digital).

Mediante sentencia del 20 de abril de 2022 el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena denegó el amparo del derecho de petición del actor y rechazó por improcedente la pretensión de cumplimiento del fallo ordinario laboral.

Para sustentar su decisión, adujo, en resumen, que el tutelante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, esto es, el proceso ejecutivo, para exigir el

cumplimiento del fallo ordinario y no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, que permitiera al juez constitucional estudiar de fondo sus pretensiones.

Alegó, además, que, aunque el actor manifestó haber enviado la petición de cumplimiento del fallo ordinario al correo electrónico de la entidad accionada, lo cierto es que no aportó prueba de dicho envío.

3.4. Impugnación (archivo No. 09 del expediente digital).

El actor impugnó el fallo de primera instancia alegando, en resumen, que el proceso ejecutivo no garantizaría el cumplimiento de la sentencia porque los dineros consignados al patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional del Pasivo Pensional y Prestacional de la Electrificadora del Caribe S. A. E.S.P. – FONECA, son de destinación específica, los cuales tienen el carácter de inembargables.

Agregó que sí envió la solicitud de cumplimiento de sentencia a los correos electrónicos de la entidad accionada, en prueba de lo cual la allegó con la impugnación.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales que impidan decidir de fondo la impugnación.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer la impugnación de la sentencia dictada en primera instancia.

5.2. Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si la acción de tutela es procedente para ordenar el cumplimiento de una orden judicial que reconoció una pensión de vejez al accionante.

En caso afirmativo, se deberá determinar si la accionada vulneró los derechos fundamentales alegados por el tutelante al no dar cumplimiento a un fallo judicial.

7.3 Tesis de la Sala.

La Sala considera que la acción de tutela solo es procedente para incluir en la nómina de pensionados al demandante, para evitar la afectación de derechos fundamentales como el mínimo vital y la vida digna.

No obstante, la acción de tutela no es procedente para ordenar el pago del retroactivo reclamado por el accionante, porque cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para obtener el dinero recamado y, además, no probó la existencia de un perjuicio irremediable.

5.4. Marco jurídico y jurisprudencial.

5.4.1. Generalidades de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que, de no proceder, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.

- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable, supuesto que debe probarse.

- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

5.4.2. Subsidiariedad de la acción de tutela para reclamar el cumplimiento de providencias judiciales.

La solicitud de cumplimiento de fallos judiciales, aunque formulado según la forma de un derecho de petición, en realidad es una solicitud de cumplimiento de una sentencia, materia regulada en los estatutos procesales, dependiendo de la jurisdicción en que se trámite el proceso. Luego, su incumplimiento no entraña en principio la violación del derecho de petición sino eventualmente a los derechos del debido proceso, y a la tutela judicial efectiva y, eventualmente, de los derechos que resultaren afectados por la falta del pago reclamado, tales como el mínimo vital y la vida en condiciones dignas.

Como se señaló anteriormente, la acción de tutela es improcedente cuando el ordenamiento jurídico establezca un mecanismo judicial ordinario que le permita al actor reclamar la protección de sus derechos fundamentales, salvo que *ii)* la vía ordinaria no asegure una respuesta idónea ni eficaz, de cara a las circunstancias particulares en que se encuentra el accionante o, precisamente por tales condiciones, y *iii)* éste demande la tutela de sus derechos fundamentales para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional en sentencia T-261 de 2018, manifestó que "*en principio, cualquier pretensión relacionada con el cumplimiento de órdenes judiciales tendrá que declararse improcedente por parte del juez constitucional, pues la persona que estime afectados sus derechos con la inobservancia de la decisión cuenta con el proceso ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo previsto en los artículos 422 al 445 del Código General del Proceso, como en el artículo 297 y subsiguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*".

En esa misma providencia estableció las condiciones de procedencia excepcional la acción de tutela para solicitar el cumplimiento de fallos judiciales, así:

> *4.2.3. Sin embargo, en oportunidades anteriores, cuando a la Corte Constitucional le ha correspondido analizar este escenario jurídico en particular, ha considerado la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el cumplimiento de una providencia judicial, circunstancia que ha dependido, fundamentalmente, del tipo de obligación que el actor reclama, su repercusión en el goce efectivo de los derechos fundamentales amparados judicialmente y, por consiguiente, la posibilidad de hacerlos exigibles a través del proceso ejecutivo.*
>
> *4.2.4. Por ello, en desarrollo de esta línea, la Corte ha distinguido entre obligaciones de hacer y de dar. Esta distinción no constituye una simple aclaración de la Corte o un criterio eventual para el juicio de procedibilidad, sino que se instituye como un límite a la actuación de juez constitucional, que deberá ceñirse a determinar la idoneidad y eficacia del medio ordinario, a partir del tipo de obligación que se exige constitucionalmente.*
>
> *4.2.5. De esta manera, el Tribunal se ha encargado de desarrollar el alcance de las obligaciones de hacer, sosteniendo que es preciso sopesar la idoneidad del medio ordinario. Es decir, valorar la capacidad que realmente tiene el juez ordinario para exigirle a la parte vencida el desarrollo de una conducta específica ordenada judicialmente. Ello, por cuanto el proceso ejecutivo no propicia las mismas garantías respecto de esta clase de obligaciones que frente a otro tipo de condenas, como serían las monetarias.* ***Ante esta circunstancia, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela resulta procedente para exigir el acatamiento de obligaciones de hacer, en los casos que se solicita, por ejemplo: i) el reintegro del actor al cargo público que venía desempeñando[26], ii) la nivelación a un puesto equivalente o superior al momento del retiro injustificado[27] o, iii) el respeto de los derechos laborales fijados en un convención colectiva, que se decidió judicialmente su vigencia[28].***

> *4.2.6.* ***Contrario a lo anterior, la Corte ha puntualizado que el proceso ejecutivo sí constituye el mecanismo idóneo para reclamar obligaciones de dar, especialmente las de contenido económico, pues su naturaleza coactiva y el conjunto de medidas fijadas en la legislación, aseguran el cumplimiento de este tipo de condenas, ya sea a cargo del demandado, a expensas de otro e, inclusive, por medio del secuestro y entrega de bienes. Por ello, esta Corporación se ha negado a declarar la procedencia de la acción de tutela en los eventos que el actor pretende: i) el pago de la indemnizaciones ordenadas por la autoridad judicial[29], ii) la entrega de intereses moratorios reconocidos judicialmente[30], iii) la cancelación de los salarios dejados de percibir[31] y iv) sumas debidas a raíz del reajuste pensional[32].***
>
> *4.2.7. De la distinción entre las anteriores obligaciones, se desprende una consecuencia cierta: la procedencia de la acción de tutela para exigir el pago de obligaciones económicas deberá valorarse con un sentido más estricto que aquél efectuado sobre otro tipo de condenas, en atención a la idoneidad del proceso ejecutivo para asegurar el acatamiento efectivo de la decisión judicial.*
>
> ***4.2.8. Por consiguiente, cuando se pretenda el cumplimiento de una providencia judicial que contiene una obligación económica, deberá estudiarse, de manera estricta, la eficacia del proceso ejecutivo. De hecho, para la Corte, no basta con que la parte actora señale la afectación de un derecho fundamental, pues sería imposible que ante el incumplimiento de una decisión que, en principio le favorecía, no se produzca alguna afectación.***
>
> *A juicio de esta Corporación, lo que debe demostrarse, de forma evidente, es que la inobservancia de la decisión judicial causa una afectación cualificada de los derechos al mínimo vital y vida en condiciones dignas del actor, que lo releva de acudir a la jurisdicción ordinaria, en vista de lo desproporcionado que sería que la persona, en las condiciones en que se encuentra, tenga que esperar la adopción de una nueva decisión judicial sobre una controversia ya decidida.*

La Sala decidirá la acción bajo estudio con base en los criterios anteriores.

5.5. Caso Concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia del acta de audiencia de trámite y juzgamiento en la que consta que el 6 de marzo de 2014 el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena profirió sentencia de primera instancia dentro del proceso radicado con el No. 13001310500320130030800, en la que accedió al reconocimiento de la pensión de vejez del tutelante (fs. 8 – 9 del archivo No. 01 del expediente digital).

- Copia del acta de audiencia de trámite y juzgamiento en la que consta que el 21 de abril de 2015, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena profirió sentencia de segunda instancia y confirmó la decisión anterior (fs. 11 -12 del archivo No. 01 del expediente digital).

- Copia de la providencia suscrita el 2 de junio de 2021 por medio de la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió no casar la sentencia anterior (fs. 13 - 28 del archivo No. 01 del expediente digital).

- Copia de la solicitud de cumplimiento de fallo suscrita por el actor y dirigida a la entidad accionada (f. 31 del archivo No. 01 del expediente digital).

- Copia de la cédula de ciudadanía del actor donde consta que nació el 26 de diciembre de 1951 (f. 47 del archivo No. 01 del expediente digital).

- Copia de la Resolución GNR 145867 de 29 de abril de 2014, por medio de la cual COLPENSIONES reliquida una pensión de vejez otorgada al actor (fs. 40 – 47 del archivo No. 01 del expediente digital).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Las pruebas obrantes en el proceso dan cuenta que 6 de marzo de 2014 el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena profirió sentencia de primera instancia dentro del proceso radicado con el No. 13001310500320130030800, en la que solicitó lo siguiente:

> "***PRIMERO:*** *Declarar la compatibilidad entre la pensión de jubilación convencional reconocida a partir del día 31 de diciembre de 2001 por la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. ELECTROCOSTA S.A. E.S.P. al señor Manuel Flórez Rocha y la pensión de vejez reconocida a él mismo por parte de COLPENISIONES mediante Resolución No. GNR 0524?2DEL 04 de abril de 20I3, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO:*** *Ordénese a la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. ELECTRICARTBE S.A. E.S.P. que continúe pagándole el cien por ciento (100%) de su pensión convencional de jubilación al señor Manuel Flórez Rocha. sin perjuicio de la pensión de vejez reconocida al mismo por parte de COLPENSIONES, de conformidad con la parte motiva de este fallo.*
>
> ***TERCERO:*** *Condenar a la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. Electricaribe S.A. E.S.P. a reintegrar al demandante señor Manuel Flórez Rocha, el valor de $ 23.83?.822, equivalente a las sumas descontadas de su pensión convencional de jubilación a partir del mes de mayo de 2013 y hasta el 28 de febrero de 2014, así como las diferencias que se siguieren generando hasta cuando cesen los descuentos por parte de la demandada, con los reajustes regulados por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, debiendo la demandada indexar el valor de cada una de las diferencias adeudadas mes por mes en forma individualizada de conformidad con el IPC expedido por el DANE. todo lo anterior con base a las argumentaciones dadas en este provisto.*
>
> ***CUARTO:*** *Absolver a la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. - ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. de las restantes pretensiones contenidas en la demanda. todo lo anterior con base a las argumentaciones dadas en esta sentencia.*

> ***QUINTO:*** *Condenar a la parte demandada al pago de las costas del proceso y dentro de las mismas se fijan agencias en derecho la suma DE $ 6.160.000 a favor de la parte demandante, conforme a lo preceptuado en el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010 y en el artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003, por las razones expuestas en la parte motiva de este del fallo".*

La anterior providencia fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior De Bolívar mediante providencia de 21 de abril de 2015.

También quedó demostrado que el 2 de diciembre de 2021 el tutelante solicitó a la accionada el cumplimiento del fallo judicial, y que dicha solicitud fue enviada a los siguientes correos electrónicos tramitesfoneca@fiduprevisora.com.co, t_aanzola@fiduprevisora.com.co, y notjudicial@fiduprevisora.com.co, tal como se advierte en los folios 9 – 11 del archivo No. 9 del expediente digital.

Tal como se manifestó en el marco jurisprudencial de esta sentencia, en principio cualquier pretensión relacionada con el cumplimiento de órdenes judiciales tendrá que declararse improcedente por parte del juez constitucional, pues la personas cuenta con el proceso ejecutivo para tramitar su pretensión, y solo procede la acción de tutela cuando se demuestra la existencia de un perjuicio irremediable.

En el presente caso la acción de tutela resulta procedente para hacer cumplir una obligación de hacer, como lo es la inclusión en la nómina de pensionados, porque se encuentran amenazados los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, tal como tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia T-404/18, así:

> *"Cuando se solicita el cumplimiento de sentencias que reconocen pensiones, la Corte ha considerado que resulta procedente la tutela si está de por medio la amenaza y vulneración del mínimo vital y, con este, la dignidad humana. En esa línea, se ha sostenido que los jueces y tribunales deben adoptar medidas necesarias y adecuadas para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas involucradas.* ***Así, en caso de que se requiera el pago efectivo de la pensión de vejez, se ha determinado que resulta procedente ordenar que el derecho reconocido se ejecute, lo que se traduce en "ordenar la inclusión en nómina". Se trata de un derecho necesario para garantizar el mínimo vital y, con ello, la subsistencia digna de personas beneficiarias de la pensión de vejez. Es esta entonces "una excepción a la regla según la cual la tutela es improcedente si persigue el cumplimiento de sentencias que generan obligaciones de dar".***

En el presente asunto, y aunque el tutelante se encuentre percibiendo suma de dinero por cuenta de una pensión reconocida por COLPENSIONES, lo cierto es que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el pago de las mesadas pensionales es un derecho que garantiza la vida digna de las personas beneficiarias de la pensión, pues se encuentra fuera del mercado laboral dada su edad, y por ello resulta procedente ordenar su inclusión en nómina.

Por el contrario, resulta improcedente la acción de tutela para reclamar el pago del retroactivo pensional, no solo porque el accionante cuenta con el proceso ejecutivo como mecanismo judicial idóneo para hacer efectiva dicha pretensión, sino porque el actor percibe una pensión de vejez y, además, la inclusión en nómina ordenada en el presente asunto, produce el efecto de superar cualquier afectación a su mínimo vital, que eventualmente permitiría la procedencia de la acción de tutela.

Para la Sala, no es de recibo el argumento efectuado en la impugnación, según el cual no es procedente el embargo de los dineros consignados al patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional del Pasivo Pensional y Prestacional de la Electrificadora del Caribe S. A. E.S.P. – FONECA, por ser de destinación específica, porque **(i)** el actor no puede dar por sentado que la entidad accionada no pagará las obligaciones contraídas con la presentación del proceso ejecutivo sin necesidad de acudir a medidas cautelares y **(ii)** en el caso de solicitar medidas cautelares de embargo dentro del proceso ejecutivo, corresponde al juez ordinario estudiar la posibilidad de decretarlas atendiendo a las reglas de excepción de inembargabilidad de los recursos públicos establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En resumen, no se demostró que la accionante se encuentre en algún tipo de condición que amerite la intervención del juez constitucional, y la releve de acudir ante el juez competente para adelantar el proceso ejecutivo orientado al recaudo del retroactivo ordenado en la sentencia.

Por lo anterior, se modificará la sentencia impugnada, y en su lugar, solo se ordenará la inclusión en la nómina de pensionados al tutelante. Y, además, se declarará la improcedencia de la acción de tutela para solicitar el pago del retroactivo.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

X. FALLA

PRIMERO: Modificar la sentencia apelada, la cual quedará así:

> ***"PRIMERO:*** *Tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social del señor Manuel Flórez Rocha, vulnerados por la FIDUPREVISORA S.A. en su calidad de vocera del patrimonio autónomo Fondo Nacional del Pasivo Pensional y Prestacional de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. – FONECA, por omitir su inclusión en la nómina de pensionados.*
>
> ***SEGUNDO:*** *Para la protección de los derechos mencionados se ordena a la FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de vocera del patrimonio autónomo Fondo Nacional del Pasivo Pensional y Prestacional de la Electrificadora del Caribe S.A.*

E.S.P. – FONECA-., dar cumplimiento a lo ordenado en sentencia proferida el 6 de marzo de 2014 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, confirmada mediante sentencia del a 21 de abril de 2015, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena – Sala Laboral, en el sentido de ***incluir a la accionante en nómina de pensionados.***

TERCERO: *La entidad accionada deberá iniciar los trámites orientados al cumplimiento de la orden anterior dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia; y deberá garantizar que la inclusión en nómina del accionante se materialice dentro el término de diez (10) días hábiles contados a partir del vencimiento del término anterior.*

CUARTO: *Se declara la improcedencia de la acción de tutela frente a la pretensión de pago del retroactivo pensional.*

SEGUNDO: Remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Háganse las anotaciones de rigor en el Sistema de Gestión Siglo XXI Web – TYBA-.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Con salvamento parcial de voto