

13001-33-33-002-2020-00100-01

Cartagena de Indias D. T. y C., quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

MEDIO DE CONTROL	IMPUGNACION DE TUTELA
RADICADO	13001-33-33-002-2020-00100-01
DEMANDANTE	JUDITH GONZALEZ DELGADO <u>judithgonzalezdelgado@gmail.com</u>
DEMANDADO	FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-SECRETARIA DE EDUCACION DE BOLIVAR-FIDUPREVISORA
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	Pensión de invalidez-inclusión en nómina

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala¹ fija de decisión No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentado por la parte accionante JUDITH GONZALEZ DELGADO, contra la sentencia de fecha cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Hechos

Manifiesta la accionante que se ha desempeñado como docente por más de 30 años en el Municipio de Barranco de Loba-Bolívar.

Señala que presentó problemas graves de salud de cáncer en el seno con afectación pulmonar (Metástasis), los cuales no le permitieron continuar laborando.

Aduce que el 09 de febrero de 2018, mediante dictamen de calificación de

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTICULO 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 de Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

13001-33-33-002-2020-00100-01

invalidez se estableció una pérdida de capacidad laboral de 75%.

Por lo anterior, solicitó la pensión de invalidez ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio representado en el Departamento de Bolívar por el señor secretario de educación.

Manifiesta que mediante resolución 2122 del 27 de mayo de 2019 se le reconoció pensión de invalidez. De conformidad con el reconocimiento de la pensión, cesa la propiedad de su cargo, a partir de octubre de 2019, por lo que dejó de recibir sueldo en espera hasta la fecha de la mesada pensional.

Alega que consultó en varias oportunidades con la FIDUPREVISORA S.A, para saber cuándo le consignaban la mesada, y la respuesta era que se encontraba en nómina para pago pensional.

Agrega que en la actualidad está sobreviviendo por la caridad de sus parientes, y señala que necesita de sus recursos propios para sobrellevar su salud al menos con tranquilidad, ayudar a su familia.

Sostiene que tiene prácticamente un año que no recibe ingresos, no puede trabajar y depende absolutamente de las mesadas que desde octubre de 2019 no le consignan.

3.1.2. Pretensiones.

El accionante actuando a nombre propio solicita:

Que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital, salud, igualdad, a la pensión en conexidad con el trabajo, la dignidad humana y al debido proceso. En consecuencia, se ordene al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación de Bolívar-FIDUPREVISORA S.A que, en un término no mayor de 48 horas, proceda a incluirlo en la nómina de pensionados.

Que se cancelen a su favor las mesadas y demás emolumentos dejadas de pagar desde el mes de octubre de 2019 hasta la fecha, conforme a las reglas de procedencia de la Ley 100 de 1993, Ley 717 de 2001 y demás normas concordantes.

Que se advierta a la entidad accionada a no volver incurrir en este tipo de transgresiones.

13001-33-33-002-2020-00100-01

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. Ministerio de Educación Nacional

La entidad accionada presentó informe donde manifiesta que es ajeno a los hechos que suscitan en la presente acción de tutela, por cuanto lo relatado solo recae en competencias del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG-FIDUPREVISORA S.A., debido a que se trata de un reconocimiento prestacional. Además, señala que ante el Ministerio no se han efectuado solicitud alguna relacionada con la accionante.

Sostiene la entidad que no hay violación de los derechos fundamentales, por cuanto el Ministerio de Educación Nacional no ha efectuado ninguna acción que produzca vulneración a los derechos de la accionante.

Aduce que se encuentra probado en el expediente que la petición no ha sido radicada ante la entidad, por lo que no es dable la vinculación al Ministerio de Educación, por cuanto es totalmente ajeno a los supuestos que dieron origen a la acción de tutela.

A su vez, relata que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es un fondo que por virtud de la ley es administrado bajo la figura de patrimonio autónomo por FIDUPREVISORA S.A., y esta, tiene la vocería y la representación judicial y extrajudicial del fondo. FIDUPREVISORA S.A. es una empresa de economía mixta adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y vigilada por la Superfinanciera.

Señala que las secretarías de educación hacen parte de las administraciones territoriales y su superior jerárquico, por mandato constitucional es el respectivo gobernador departamental o el alcalde municipal.

Por lo tanto, considera que el Ministerio de Educación Nacional no es, ni representa al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG-, así como tampoco tiene injerencia en las prestaciones sociales, responsabilidad de dicho patrimonio autónomo.

13001-33-33-002-2020-00100-01

3.2.2. Secretaría De Educación Departamental de Bolívar

La entidad accionada presentó informe donde señala que mediante petición la accionante solicitó que trámites administrativos ha realizado el fondo de prestaciones sociales del magisterio sobre el pago de la pensión de invalidez-RES 2122 del 27 de mayo de 2019, que suspende la pensión de jubilación por favorabilidad.

Que consultado el aplicativo oficial del fondo, informan que la orden de pago de la pensión de invalidez fue enviada a la Fiduprevisora por el sistema de escáner de prestaciones (ON BASÍ)

Precisa que el reconocimiento de la prestación, requiere el agotamiento de varias etapas, conforme a lo establecido en el Decreto 2831 de 2005, que señala que el trámite para reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales así:

- a) Radicación de solicitudes por el interesado
- b) Elaboración y remisión del proyecto de acto administrativo a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- c) Revisión del proyecto del acto administrativo por la fiduciaria y aprobación de la liquidación.
- d) Suscripción del acto administrativo de aceptación o negación por la secretaria de educación
- e) Notificación del acto administrativo de reconocimiento o negación
- f) Remisión a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio de copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago por parte de dicha entidad, cuando ello hubiere lugar.

De igual forma, sostiene que de conformidad con el Decreto 2831 de 2005 no es posible aprobar una prestación sin el visto bueno de la Fiduprevisora S.A, con repercusiones penales y disciplinarias para el funcionario que haga caso omiso a dichas disposiciones.

Así mismo, la entidad manifiesta que se deben cumplir a cabalidad cada una de las etapas para evitar que se produzcan actuaciones viciadas de

13001-33-33-002-2020-00100-01

nulidad que puedan entorpecer o dilatar el reconocimiento y pago de las prestaciones reclamadas por la peticionaria.

Así las cosas, solicita que se declare cumplido el auto cumplido el auto de tutela de fecha 24 de agosto de 2020 y ordénese el archivo del expediente, en base de que la orden de pago fue enviada por la Secretaría a la Fiduprevisora S.A para el respectivo pago, por lo que resalta que la inclusión en nómina es exclusiva de la Fiduprevisora S.A. en Bogotá como ente pagador.

En ese sentido, señala que en el presente caso se ha constituido un hecho superado con relación a la petición objeto de tutela.

3.2.3. FIDUPREVISORA S.A.

La entidad mediante memorial de fecha 31 de agosto de 2020, solicita que se declare improcedente la presente acción de tutela por existir un mecanismo expedito distinto a la tutela, para la protección del derecho que la accionante considera conculcado y partiendo del carácter subsidiario de la acción constitucional. De igual forma, consideró que la parte accionante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, para que de forma excepcional procediera el amparo, tendiente al reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Por otra parte, en lo referente a su naturaleza jurídica, señala que es una sociedad anónima de economía mixta de carácter indirecto del sector descentralizado del orden nacional, sometida al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado y en consecuencia no tiene competencia para expedir actos administrativos, por cuanto es facultad que les otorga la ley a las entidades públicas que ejercen función pública.

Manifiesta que, su objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios descritos en el código de comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero como en el Estatuto de la Contratación de la Administración Pública.

En ese sentido, aduce que la Fiduprevisora administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo el trámite que debe llevarse a cabo por las Secretarías de Educación.

13001-33-33-002-2020-00100-01

Así las cosas, manifiesta que no tiene competencias para la expedición de actos administrativos de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas de los docentes afiliados al FNPSM, pues su función se limita a aprobar el proyecto de acto administrativo que son remitidos por las Secretarías de Educación.

A su vez, alega que le corresponde velar porque los recursos del Fondo del Magisterio se administren de forma correcta, por lo que cualquier erogación debe estar soportada en un acto administrativo conforme a la constitución y la Ley y si los mismos adolecen de algún requisito de fondo o de forma, debe devolverlo al funcionario competente para que se hagan las correcciones del caso.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

4.1. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia de fecha cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020)², el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena decide declarar carencia actual de objeto por hecho superado, al considerar que el hecho que podría generar un panorama de vulneración del derecho invocado fue superado con contestación efectiva, eficaz y de fondo por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación de Bolívar-Fiduprevisora S.A.

4.2. Impugnación de la Sentencia

La sentencia de cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, es impugnada por la parte accionante al considerar que la sentencia carece de las condiciones necesarias para ser congruente, por cuanto no se ajusta a los hechos que motivaron la tutela ni el derecho fundamental impetrado,

² “**PRIMERO:** Declarar carencia actual de objeto por hecho superado dentro de la acción de tutela que promovió la señora JUDITH GONZALEZ DELGADO en su propio nombre y contra el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-SECRETARÍA DE EDUCACION BOLÍVAR-FIDUPREVISORA S.A., por los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: Notificar la anterior decisión a las partes por el medio más expedito, a fin de que tengan conocimiento de lo decidido y aseguren su cumplimiento.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, sino fuere oportunamente impugnada remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.”

13001-33-33-002-2020-00100-01

por error de hecho y de derecho, en el estudio y consideración de su derecho pensional.

Alega la accionante que la sentencia se centró en analizar un trámite de la Secretaría de Educación de Bolívar hacia la Fiduprevisora S.A, como si se resolviera de fondo el asunto, toda vez que desde octubre de 2019 no la han ingresado en nómina de pensionados, trámite final que le corresponde a la Fiduprevisora S.A. , por lo tanto, señala que sería irrisorio declarar carencia actual de objeto , cuando lo que se pretende tutelar es el derecho a la pensión en conexión con el derecho fundamental al trabajo, tendiente a recibir la mesada pensional, propia y necesaria para solventar las necesidades básicas y especiales atendiendo a su condición de salud.

Manifiesta que el hecho superado en el presente caso se configuraba con la inclusión en la nómina de pensionados que debe hacer la Fiduprevisora S.A., ya que fue la solicitud en la tutela, la cual el Juzgado Segundo Administrativo de distancio remotamente.

Agrega que la no inclusión en nómina de pensionados y la falta de pago de la mesada pensional, le está causando vulneración a sus derechos fundamentales al mínimo vital, más aun, en estos tiempos de pandemia en donde señala que sus condiciones la hacen vulnerable, debido a que es una mujer adulta mayor y padece cáncer, razón por la cual la pensionaron por invalidez.

Así las cosas, solicita que se revoque el fallo de primera instancia y en lugar, conceder las pretensiones señaladas en el escrito de tutela.

4.3. Trámite de la Impugnación.

A través del auto de fecha dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020), el A-quo concedió la impugnación presentada por la parte accionante, siendo repartido en esta Corporación mediante acta de reparto de fecha diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020).

V. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad, y, en consecuencia, como en esta instancia no se observan vicios que acarreen

13001-33-33-002-2020-00100-01

la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede resolver la alzada.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia

Conforme lo establecido el Decreto 2591 de 1991, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción.

6.2. Problema Jurídico.

Habida cuenta de los hechos y antecedentes procesales de esta actuación, la solución del presente caso exige a la Sala responder dos problemas jurídicos: por un lado,

¿Es procedente la presente acción de tutela por satisfacer los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela? (problema jurídico de procedibilidad).

Y, de otro lado, en caso de que la respuesta a la primera pregunta sea positiva,

¿Determinará si las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital, salud, igualdad, a la pensión en conexidad con el trabajo, la dignidad humana y al debido proceso de la Sra. JUDITH GONZALEZ DELGADO por no incluirla en nómina para pensionados, y con ello obtener el pago de las mesadas pensionales?

6.3. Tesis de la Sala.

La Sala determinará que en el presente asunto se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

Por su parte frente al segundo planteamiento del problema jurídico, la Sala determinará que existe vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de la señora JUDITH GONZALEZ DELGADO, por la falta de inclusión en nómina de pensionados, habiendo transcurrido un extenso tiempo desde el reconocimiento de la pensión de invalidez.

13001-33-33-002-2020-00100-01

Como consecuencia de lo anterior, la Sala revocará la sentencia de fecha cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena. En su lugar se procederá a conceder el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social.

Para desarrollar la tesis de la Sala, se abordará en primer lugar el estudio de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, para luego darle solución al caso en concreto.

6.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

6.4.1. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

6.4.1.1. Legitimación en la causa por activa

Sobre el particular el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de amparo constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona en nombre propio o a través de representante, como en el caso en concreto, a fin de solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

De conformidad con lo anterior, en efecto, **JUDITH GONZALEZ DELGADO**, quien actúa a nombre propio, se encuentra legitimada en la causa por activa para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, pues es la persona a la que presuntamente se le vulneraron sus derechos fundamentales a la vida, al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social en pensión.

6.4.1.2. Legitimación en la causa por pasiva.

Ahora, en cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra la acción u omisión de una autoridad pública o un particular que vulnere o amenace un derecho fundamental.

Por lo anterior, las autoridades accionadas, **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-SECRETARIA DE EDUCACION DE BOLIVAR-FIDUPREVISORA**, son las entidades a la cual la parte accionante le endilga la

13001-33-33-002-2020-00100-01

vulneración de sus derechos y por tanto en principio se encuentra legitimada para ser llamada en el presente proceso.

6.4.1.3. Principio de Inmediatez

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha sostenido que, si bien no existe un término de caducidad de la acción, debe tenerse en cuenta el principio de inmediatez de la acción de tutela, en el sentido de que exista un plazo razonable y oportuno entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción.

Así las cosas, la parte accionante presentó la acción de tutela de manera oportuna, ya que el derecho presuntamente vulnerado se da con ocasión a que no se le ha incluido en nómina para pensionado y, por tanto, no está recibiendo las mesadas pensionales a las que tiene derecho, en ese sentido, la presunta vulneración permanece en el tiempo, y el amparo de tutela se presentó el 21 de agosto del 2020.

6.4.1.4. Principio de Subsidiariedad

En relación con el principio de subsidiariedad, la Honorable Corte Constitucional³ sostiene que cuando se trata de acciones de tutela esta solo procederá cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial para proteger sus derechos fundamentales y excepcionalmente procederá cuando la utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por ende, la tutela es una acción que ostenta un carácter eminentemente subsidiario, en el entendido que su finalidad no es de reemplazar otro medio de defensa judicial con los cuales cuentan los ciudadanos.

En el caso que nos ocupa, destaca la accionante que tiene una pérdida de capacidad laboral de 75% y acudió a la acción de tutela solicitando la protección urgente de su derecho fundamental al mínimo vital, toda vez que no posee otro tipo de ingreso y se encuentra sobreviviendo de la caridad de los parientes.

De acuerdo con lo anterior, esta Sala tendrá que la presente acción de tutela instaurada por **JUDITH GONZALEZ DELGADO**, a nombre propio, es procedente al considerar que la accionante no cuenta con los medios

³ Corte Constitucional, sentencia T-375 de 17 de septiembre 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

13001-33-33-002-2020-00100-01

ordinarios de defensa judicial por cuanto el acto de inclusión en nómina es de trámite y no es posible controvertirlo mediante los medios de control ordinarios.

6.4.2. 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 el juez, se configure un perjuicio irremediable.

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela es un mecanismo jurisdiccional que tiende por la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de los individuos y esta se caracteriza por ostentar un carácter residual o subsidiario, por lo que tiene un carácter excepcional, lo anterior parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho como el nuestro, existen procedimientos ordinarios para asegurar la protección de estos intereses de naturaleza fundamental.

Así mismo, esta Corporación ha señalado que el carácter residual de la acción de tutela obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias establecido por la Constitución y la Ley a las diferentes autoridades y que se fundamenta en los principios de autonomía e independencia judicial.

Por lo anterior, se puede concluir que, dado al carácter subsidiario de la acción de tutela por regla general, ésta solo es procedente cuando el individuo que la solicita no cuenta con otro medio de defensa a través del cual pueda obtener la protección requerida.

6.4.3. De la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de acreencias pensionales.

La Corte Constitucional ha señalado en reiterados pronunciamientos que, en fundamento en el principio de subsidiariedad, la acción de tutela no procede frente a reclamaciones de tipo laboral o pensional, debido a que

13001-33-33-002-2020-00100-01

el escenario idóneo para conocer de dichos asuntos es la jurisdicción ordinaria laboral, mediante el ejercicio del medio judicial respectivo.

No obstante, ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata de la protección de derechos de contenido prestacional, como son las acreencias pensionales, bien sea como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o como medio principal cuando las vías de defensa judicial ordinarias no resultan idóneas ni eficaces para la protección de los derechos fundamentales vulnerados.

Así las cosas, la procedencia del amparo para el reconocimiento de prestaciones pensionales se sujeta a las siguientes reglas:

- (i) Procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario.
- (ii) Procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia.
- (iii) Cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros.

Así mismo, señala la H. Corte Constitucional que ha admitido la procedencia excepcional de la acción cuando el agotamiento de los instrumentos judiciales ordinarios supone una carga excesiva para el peticionario, como cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional o, *“por cualquiera otra razón, el trámite de un proceso ordinario, lo expone a un perjuicio irremediable”*.

Estos supuestos facticos fijados por la H. Corte⁴ para la procedencia de manera excepcional del amparo de tutela son los siguientes:

- i. *El estado de salud del solicitante.*
- ii. *El tiempo que la autoridad pensional demoró en desatar el procedimiento administrativo.*

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-426 de 2015.

13001-33-33-002-2020-00100-01

- iii. *La edad del peticionario.*
- iv. *La composición del núcleo familiar del mismo, por ejemplo, el número de personas a cargo, o si ostenta la calidad de cabeza de familia.*
- v. *El potencial conocimiento de la titularidad de los derechos, al igual que las acciones para hacerlos valer.*
- vi. *Las circunstancias económicas del interesado, análisis que incluye el promedio de ingresos frente a los gastos, el estrato socioeconómico y la calidad de desempleado.*

6.4.4. Del derecho fundamental a la seguridad social.

Los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución.

La Sentencia T-163/2013 de la Corte Constitucional señala que la Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental y en ese sentido su protección por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales.

6.4.5. Del derecho fundamental de petición en materia pensional

El artículo 23 de la Constitución Política de 1991 establece que *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”*, con lo cual quedó instituido el denominado derecho fundamental de petición y de acceso a la información.

En desarrollo de esta garantía, el legislador procedió a ejercer su facultad regulatoria a través de la Ley Estatutaria 1755 de 2015⁵, en la cual se establecieron los principios y mecanismos para el ejercicio de este derecho

⁵ “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

13001-33-33-002-2020-00100-01

por parte de los ciudadanos y las obligaciones de las autoridades a la hora de dar respuesta a dichos requerimientos.

La Honorable Corte Constitucional⁶ en reiterada jurisprudencia se ha referido al derecho de petición, precisando que el contenido esencial de este derecho comprende: (i) la posibilidad efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo; (iii) una respuesta de fondo o contestación material, lo que implica una obligación de la autoridad a que entre en la materia propia de la solicitud, según el ámbito de su competencia, desarrollando de manera completa todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta) y excluyendo fórmulas evasivas o elusivas.

En relación a la protección de este derecho fundamental, la honorable Corte Constitucional⁷ ha reiterado que la tutela es el mecanismo idóneo para proteger el derecho de petición de los administrados, toda vez que por medio del mismo se accede a muchos otros derechos constitucionales.

Esta misma corporación estimo que en el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente de la acción de tutela para la protección de este derecho fundamental, de modo que quien resulte afectado por la vulneración a este derecho no dispone de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita hacerlo efectivo.

Respecto al derecho de petición en material pensional, la sentencia SU-975 de 2003, la H. Corte Constitucional realizó un análisis de los artículos 19 del Decreto 656 de 1994, 4 de la Ley 700 de 2001, 6 y 33 del Código Contencioso Administrativo y señaló que las entidades deben tener en cuenta 3 términos para responder las peticiones pensionales, de la siguiente manera:

- i.) 15 días hábiles para todas las solicitudes en materia pensional – incluidas las de reajuste– en cualquiera de las siguientes hipótesis: a) que el interesado haya solicitado información sobre el trámite o los procedimientos relativos a la pensión; b) que la autoridad pública requiera para resolver sobre una petición de reconocimiento, reliquidación o reajuste un término mayor a los 15 días, situación de la

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-077 del 02 de marzo de 2018, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-206 de 28 de mayo de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo

13001-33-33-002-2020-00100-01

cual deberá informar al interesado señalándole lo que necesita para resolver, en qué momento responderá de fondo a la petición y por qué no le es posible contestar antes; c) que se haya interpuesto un recurso contra la decisión dentro del trámite administrativo.

- ii.) 4 meses calendario para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensional, contados a partir de la presentación de la petición, con fundamento en la aplicación analógica del artículo 19 del Decreto 656 de 1994 a los casos de peticiones elevadas a Cajanal;
- iii.) 6 meses para adoptar todas las medidas necesarias tendientes al reconocimiento y pago efectivo de las mesadas pensionales, ello a partir de la vigencia de la Ley 700 de 2001.

De igual forma, se puso de presente que el desconocimiento injustificado de dichos plazos legales, conduce a la vulneración del derecho fundamental de petición. Además, el incumplimiento de los plazos de 4 y 6 meses respectivamente amenaza la vulneración del derecho a la seguridad social.

6.4.5.1. De la inclusión en nómina.

Tal y como se dijo en precedentes, la H. Corte Constitucional ha reiterado que, por regla general, el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela restringe el ámbito de procedencia de los asuntos sometidos a escrutinio del juez constitucional, toda vez que el ordenamiento jurídico ofrece diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante autoridades judiciales con el fin de salvaguardar derechos fundamentales. Así mismo, dicha corporación ha señalado que aun ante la existencia de medios de defensa judiciales, la tutela procederá excepcionalmente si: *i)* se logra determinar que estos carecen de idoneidad o eficacia concreta, *ii)* la acción se incoa con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Mediante sentencia T-686 de 2012, la Corte Constitucional consideró que en lo referente a la demora en la inclusión de la nómina de pensionados, la acción se torna procedente, toda vez que *“retirar a una persona de su puesto de trabajo, sin haberle garantizado que el salario que deja de devengar, como resultado del retiro, tendrá un sustituto adecuado y eficaz en la pensión de vejez, es atentar contra sus derechos fundamentales al mínimo vital, tal como lo ha entendido la Corte, a la dignidad humana y a la misma vida que puede afectarse si esta prestación social no se le proporciona en forma oportuna y adecuada para afrontar las vicisitudes de la vejez”*.

13001-33-33-002-2020-00100-01

Así mismo, ha sostenido el máximo órgano constitucional⁸ que frente a las controversias surgidas por la falta de inclusión en nómina de pensionados la acción de tutela resulta procedente, pues el acto que materializa la inclusión es de trámite y, por tanto, no atacable ante la jurisdicción.

A su vez, la Corte han determinado la vulneración del derecho al mínimo vital por la falta de inclusión en nómina de pensionados, cuando: i) la mesada constituye el único ingreso del pensionado o existiendo ingresos adicionales estos sean insuficientes para sufragar todos los gastos del peticionario y, ii) la falta de pago genera una situación crítica a nivel económico y psicológico del actor.

6.4.6. Del fundamental al debido proceso.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 29 establece el derecho fundamental del debido proceso como *aquel derecho que debe aplicar a cualquier tipo de actuaciones tanto judiciales y administrativas*. Por su parte, la H. Corte Constitución⁹ ha señalado que las garantías del debido proceso rigen las actuaciones judiciales y administrativas asegurando la protección de los derechos de los ciudadanos en los procedimientos llevados ante las autoridades, con el fin de que las personas puedan solicitar ante los jueces competentes la protección efectiva de sus derechos y, que cuenten con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones.

La Corte Constitucional¹⁰ al respecto ha sostenido que las garantías establecidas en virtud del debido proceso administrativo, son las siguientes: "(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

⁸ Corte constitucional T-428 de 2018

⁹ Ver sentencia T-430 de 2017

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-051 de 2016.

13001-33-33-002-2020-00100-01

6.4.7. De la carencia actual de objeto por hecho superado.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional¹¹ ha señalado que la carencia actual de objeto sobreviene cuando frente a la petición de amparo, la orden de un Juez de tutela no tendría efecto alguno o sería nugatoria. Dicha figura se presenta en aquellos casos donde ocurra un daño consumado o un hecho superado.

Respecto a este último se ha señalado que tiene ocurrencia cuando lo pretendido a través de la acción de tutela se satisface y desaparece la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales incoados por el accionante, por lo que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso resultaría inocua y, por lo tanto, contraria al objetivo de protección previsto para el amparo constitucional, sin embargo, es de gran importancia que cuando ocurran estos casos, se incluya en la providencia la demostración de la reparación del daño ante del momento del fallo que demuestre el hecho superado.

Así mismo, la H. Corte Constitucional¹² estableció unos criterios para determinar la ocurrencia de un hecho superado, de la siguiente manera:

- i. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.
- ii. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.
- iii. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado.

6.5. CASO EN CONCRETO

6.5.1. Material probatorio relevante.

La Sala, al examinar el expediente en medio magnético de la presente acción constitucional, encontró lo siguiente:

¹¹ Corte constitucional, sentencia 085 de 06 de marzo de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

¹² ver sentencia T-059 de 2016-T-045 de 2008

13001-33-33-002-2020-00100-01

- Resolución 2122 del 27 de mayo de 2019, mediante la cual se reconoce y se ordena pagar una pensión de invalidez a la Sra. Judith González.
- Formato para el dictamen médico laboral de la pérdida de capacidad laboral o del estado de invalidez para los educadores afiliados a FOMAG, documento expedido por Fiduprevisora.
- Historial clínico de la Sra. Judith González, donde se evidencia las patologías que padece.
- Declaración extrajudicial de la señora Teresa Matos Orozco.
- Pantallazo de la solicitud enviada a la entidad Fiduprevisora por parte de la Secretaría de Educación Bolívar.
- Pantallazo del envío de la respuesta a la accionante.
- Respuesta emitida por la Secretaría de Educación de Bolívar.

6.5.2. VALORACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS DE CARA AL MARCO JURÍDICO.

Procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados. En primer lugar, es importante destacar que, tal y como se advirtió en el marco normativo y jurisprudencial, la existencia de recursos o medios de defensa judiciales hacen, en principio, improcedente la acción de tutela a menos que, se presente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En estos casos, se debe demostrar que el perjuicio que se pretende evitar con la acción de tutela, afecta o coloca en inminente y grave riesgo los derechos fundamentales como la vida, la seguridad social y el mínimo vital, lo que hace imperiosa la intervención del juez constitucional.

Bajo este supuesto, examinado lo expuesto en el escrito de tutela presentado por la Sra. Judith González Delgado la Sala observa que en el presente caso se reúnen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela que se ha fijado por la Constitución Política de Colombia¹³,

¹³ Artículo 86: *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 a 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. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. **Esta acción 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 ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de*

13001-33-33-002-2020-00100-01

y la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, por lo que se pasa a explicar las razones de esta afirmación.

Así las cosas, se tiene que la accionante identificó de manera razonable los hechos que a su juicio generaron la vulneración de sus derechos fundamentales, esto es, la falta de pago de la pensión de invalidez que le fue reconocida mediante la resolución N° 2122 de mayo 27 de 2019, y que posteriormente al reconocimiento de la pensión, dejó de percibir su salario desde octubre de 2019, es decir, que lleva más de un año sin recibir ingresos.

Dentro de los argumentos señalados por la accionante, en su escrito de tutela señala que ha acudido en varias oportunidades a la FIDUPREVISORA S.A., y esta le manifiesta que se encuentra en nómina para el pago pensional, además, según las pruebas aportadas la accionante padece cáncer de mama.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia, relacionado con la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago prestaciones sociales, esta Sala considera que la demandante no cuenta con mecanismos ordinarios para controvertir la falta de inclusión en nómina de pensionados, por cuanto es un acto de trámite que no es posible controvertir a través de los medios de la jurisdicción contenciosa. En ese sentido, la presente acción de tutela resulta procedente.

Ahora bien, esta Sala precisa que el derecho acceder a la pensión no se limita al reconocimiento formal de la pensión, sino que, es necesario la materialización efectiva a través de la inclusión en nómina del pensionado.

Así las cosas, la accionante tiene reconocida una pensión de invalidez, no obstante, esta no se ha hecho efectiva, por cuanto no se ha incluido en nómina para el pago de las mesadas. Por lo tanto, el derecho no se ha hecho efectivo, a pesar de haber pasado más de un año del reconocimiento.

Por su parte, la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar manifiesta que los trámites para el reconocimiento deben cumplirse y no se pueden omitir, por tanto, señala que se remitió la orden de pago a la Fiduprevisora quien es la competente para incluir en nómina al accionante como agente pagador. Así mismo, sostiene que frente a la petición del

un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

13001-33-33-002-2020-00100-01

accionante existe hecho superado por haberse brindado respuesta a la solicitud.

En ese sentido, el juez de primera instancia dirigió su fallo, declarando carencia actual por hecho superado al considerar que se le había brindado respuesta a la solicitud de la accionante. No obstante, esta Sala reitera que, en el presente caso, se alega la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital por haber transcurrido un tiempo considerable desde el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin que las entidades hayan incluido en nómina de pensionados a la Sra. Judith González, y no el derecho fundamental de petición como equivocadamente consideró el A quo.

Así las cosas, esta Sala considera que la falta de inclusión en nómina de pensionados a la accionante vulnera su derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social, por lo que, esta Sala revocará la sentencia de fecha cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020), y en su lugar, se concederá el amparo de los derechos fundamentales.

En ese sentido, se ordenará a la Fiduprevisora S.A. realizar la respectiva inclusión en nómina de pensionados a la Sra. Judith González Delgado, por ser la entidad vocera y administradora de los recursos del FOMAG, u quien se encuentra obligada a pagar las prestaciones de los docentes y asumir la defensa judicial del patrimonio.¹⁴

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia de fecha cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de sus derechos al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de la Sra. Judith González Delgado.

SEGUNDO: ORDENAR a la Fiduprevisora S.A., a través de su representante legal o de quien haga sus veces, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, incluya en nómina de pensionados a la señora Judith González Delgado y pague las mesadas

¹⁴ Sentencia SU-041 de 2020 Corte Constitucional

13001-33-33-002-2020-00100-01

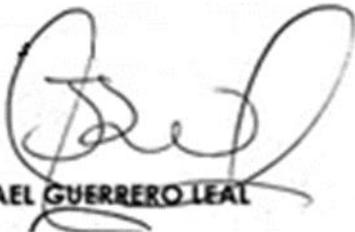
pensionales causadas a su favor, a partir del momento en que cesó el pago salarial.

TERCERO: En firme esta providencia, remítase el respectivo expediente a la Honorable Corte Constitucional en opción de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS