



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : CARMEN ALCIRA MOJÍCA DE MEJÍA
ACCIONADOS : NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - SECRETARIA DE EDUCACIÓN
RADICACIÓN : 150013333009-2017-00203-00

I. LA ACCIÓN

Se pronuncia el Despacho acerca de la acción de tutela formulada a través de apoderado por la señora **CARMEN ALCIRA MOJÍCA DE MEJÍA** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** y el **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, donde aduce la violación de sus derechos fundamentales de petición, debido proceso administrativo, moralidad administrativa, seguridad jurídica, seguridad social integral en pensiones, protección especial reforzada para las personas de la tercera edad, mínimo vital, igualdad, dignidad humana y conexos.

II. ANTECEDENTES

1. Peticiones (Fls. 2 a 3)

Solicitó la accionante por intermedio de su apoderado:

1.1. Se tutelen sus derechos fundamentales de petición, debido proceso administrativo, moralidad administrativa, seguridad jurídica, seguridad social integral en pensiones, protección especial reforzada para las personas de la tercera edad, mínimo vital, igualdad, dignidad humana y conexos.

1.2. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a las entidades accionadas que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, expidan el acto administrativo que dé cumplimiento al fallo expedido el 20 de marzo de 2015 por el Juzgado Tercero Administrativo Mixto de Descongestión del Circuito de Duitama, confirmado por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 25 de abril de 2016 (sic) y por consiguiente se ordene el pago del respectivo retroactivo desde la fecha que dispuso el mismo fallo.

2. Fundamentos Fácticos de la Acción de Tutela (Fls. 3 a 4)

El apoderado indicó que tramitó medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra las entidades tuteladas que fue conocido por el Tribunal Administrativo de Boyacá bajo el radicado No. 2014-00018-01.

Acción de Tutela No. 2017-00203
Accionante: CARMEN ALCIRA MOJICA DE MEJIA
Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO, FUDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y DEPARTAMENTO DE BOYACA – SECRETARIA DE EDUCACION

Afirmó que el 20 de marzo de 2015 fue proferida sentencia de primera instancia, en la cual se resolvió declarar la nulidad del acto administrativo a través del cual se había reconocido y reliquidado pensión y como consecuencia, ordenó reliquidar la pensión teniendo en cuenta el 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios, así como los factores devengados en ese mismo año.

Señaló que la providencia cobró ejecutoria el 03 de noviembre de 2015 y que el 22 de noviembre de 2016 por escrito solicitó el cumplimiento, sin embargo a la fecha de presentación de la acción constitucional las entidades tuteladas no habían dado cumplimiento al fallo, lo que afecta la subsistencia de la tutelante.

Expresó que la conducta de las accionadas, que se han abstenido de dar cumplimiento al fallo a pesar de haber transcurrido ya un (1) año desde la solicitud, constituye una burla a la administración de justicia y vulnera los derechos fundamentales de la accionante, por lo que considera procedente la acción de tutela.

Argumentó que la pensión tiene una estrecha relación con la protección de las personas de la tercera edad, el respeto a la dignidad humana y con el derecho a la vida, por lo que se traduce también en un derecho de carácter fundamental, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, Órgano de Cierre, dijo el apoderado, que también le ha otorgado el carácter de fundamental al derecho a la seguridad social, cuando su no reconocimiento o goce vulnera la subsistencia y la igualdad.

Y finalmente, señaló que resulta contrario a la Constitución, que los derechos ya reconocidos a favor de la tutelante y su subsistencia se sometan a trámites netamente burocráticos.

3. Derechos Fundamentales Presuntamente Vulnerados

El accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales de petición, debido proceso administrativo, moralidad administrativa, seguridad jurídica, seguridad social integral en pensiones, protección especial reforzada para las personas de la tercera edad, mínimo vital, igualdad, dignidad humana y conexos. En respaldo de lo cual invocó los artículos 11, 13, 23, 46, 48 y 86 de la Constitución Política.

III. TRÁMITE PROCESAL.

La solicitud de amparo constitucional fue presentada el 27 de noviembre de 2017 (Fl. 7) ante la Oficina Judicial de Tunja, siendo asignada por reparto (Fl. 28) y pasada al despacho para resolver sobre su admisión en la misma fecha (Fl. 29).

Mediante auto proferido el 27 de noviembre de 2017 y atendiendo las reglas de competencia establecidas en los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y las reglas de reparto contenidas en el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, se resolvió admitir la solicitud de tutela de la referencia y decretar algunas pruebas (Fl. 30).

1. Contestación

1.1. Nación – Ministerio de Educación (Fls. 43 a 48 y 67 a 69)

Propuso la excepción de falta de la legitimación en la causa por pasiva, argumentando que no se radicó derecho de petición alguno en el MINISTERIO DE EDUCACIÓN y que en todo caso no es el competente para atender solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones a cargo de las Secretarías de Educación y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues no representa al Fondo como si lo hace FIDUPREVISORA S.A., vocera y representante judicial del mismo.

Adicionalmente afirmó que en el reconocimiento y pago de prestaciones económicas del magisterio no interviene en ningún momento el Ministerio, sino que está a cargo de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente, de conformidad con el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1075 de 2015 y la ley 962 de 2005.

En ese orden de ideas solicitó la desvinculación del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

1.2. Fiduciaria La Previsora S.A. (Fls. 49 a 53 y 70 a 73)

En primer lugar se refiere a la naturaleza del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de la FIDUPREVISORA S.A. y de las SECRETARÍAS DE EDUCACIÓN, indicando que el Fondo es una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital, con fundamento en lo cual FIDUPREVISORA S.A. y la Nación – Ministerio de Educación Nacional suscribieron contrato de fiducia mercantil para que administre los recursos del Fondo, contrato que se encuentra vigente a la fecha y en virtud del cual FIDUPREVISORA solo actúa en nombre y representación del Patrimonio Autónomo creado mediante el contrato en mención y no tiene la competencia para expedir actos administrativos, aunque si da su aprobación previa a los proyectos de acto administrativo que suscriben los Secretarios de Educación con ocasión de tramites prestacionales de docentes.

A su vez, respecto de las Secretarías de Educación, indicó que actúan como entidades nominadoras de los docentes adscritos a su territorio, por lo que tienen a su cargo la obligación de recibir y tramitar las solicitudes de los docentes respecto de sus prestaciones sociales (aprobar o negar) emitiendo el acto administrativo correspondiente.

Luego se refirió a la falta de legitimación por pasiva, en respaldo de lo cual citó el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 y la Sentencia T-416 de 1997, coligiendo que la FIDUPREVISORA S.A. no es responsable de quebrantamiento de derecho fundamental alguno pues no existe nexo de causalidad entre la entidad y la omisión o acción que amenaza el derecho, por lo que la tutela se torna improcedente por configurarse el fenómeno de la falta de legitimación por pasiva.

Acción de Tutela No. 2017-00203

Accionante: CARMEN ALCIRA MOJICA DE MEJÍA

Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FUDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

Frente al caso concretó señaló que si bien la fiduciaria no ha vulnerado derecho fundamental alguno, pues la solicitud fue radicada en la Secretaría de Educación, verificada la base de datos de la FIDUPREVISORA evidenció que el 07 de septiembre de 2017 envió sin visto bueno el expediente a la Secretaría, pero la misma volvió a enviar el proyecto de acto administrativo el 02 de octubre de la misma anualidad, encontrándose actualmente en proceso de verificación para dar el respectivo visto bueno, punto en cual insiste en que la fiduciaria no emite, revoca ni modifica actos administrativos que nieguen o autoricen el pago de cualquier prestación.

A continuación luego de referir diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, expresó que los derechos de petición de los docentes deben ser radicados y respondidos por cada ente territorial correspondiente.

Señaló que la ejecución de una sentencia no puede darse a través de una acción de tutela, pues los mecanismos previstos por el legislador son idóneos y eficaces para lograr el cumplimiento del mandato judicial, *máxime* que en el caso concreto la obligación exigida está referida al pago de una reliquidación pensional, pero la prestación la disfruta la accionante y por lo tanto no se vislumbra vulneración del mínimo vital. Recalcó que en el *sub lite* el proceso ejecutivo es el medio eficaz para alcanzar el cumplimiento de la sentencia judicial, solicitando medidas cautelares previas que aseguren el pago de la obligación.

En ese orden de ideas solicitó desvincular a la FIDUPREVISORA S.A. por configurarse la falta de legitimación en la causa por pasiva y declarar la improcedencia de la acción de tutela en virtud de su carácter subsidiario y por existir un mecanismo expedito diferente.

1.3. Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación (Fls. 57 a 60)

Indicó la Secretaría de Educación que una vez presentada la solicitud de cumplimiento del fallo, el 15 de diciembre de 2016 envió a la fiduciaria el expediente con el proyecto de acto administrativo y de liquidación, sin embargo la fiduciaria negó la continuación del trámite y devolvió el expediente a la Secretaría, siendo este recibido el 28 de febrero de 2017.

Informó que una vez recibido en devolución el expediente, evidenció que la negación de la fiduciaria obedeció a una orden de consulta de cuota parte al Fondo Territorial de Boyacá, consulta que una vez efectuada con base en el porcentaje y valor indicado por la fiduciaria, generó la objeción del fondo, la cual se infundó y una vez surtido tal trámite de nuevo se remitió el expediente a la fiduciaria el 05 de julio de 2017 con oficio 496.

Explicó que consultada la plataforma NURF se puede ver una nueva negación por parte de la FIDUPREVISORA, sin embargo aclaró que desde el 05 de julio de 2017, fecha en que la Secretaría envió por última vez el expediente a la fiduciaria, el ente territorial no ha vuelto a recibirlo para sanear la segunda negación, aunque se vea un nuevo radicado de fecha 22 de septiembre de 2017, lo cual considera la Secretaría debe obedecer a modificaciones realizadas por la misma fiduciaria para aprobar el trámite de la prestación.

Acción de Tutela No. 2017-00203
Accionante: CARMEN ALCIRA MOJÍCA DE MEJÍA
Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO, FUDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

Señaló que conforme a la Ley 91 de 1989 y el Decreto 1075 de 2015 la Secretaría es un mero tramitador, por lo tanto cada solicitud presentada por los docentes si bien es puesta primero en su conocimiento debe respetar las disposiciones o pautas de la Fiduciaria La Previsora S.A., entidad que mediante Comunicado No. 010 del 01 de septiembre de 2017, estableció un nuevo procedimiento para el pago, sin embargo en su momento ya que no se había notificado el comunicado en mención, la Secretaría dio cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 1075 de 2015.

Concluyó entonces que la Secretaría dio cumplimiento al referido Decreto con la elaboración del proyecto de acto administrativo y de liquidación y el envío del expediente para estudio y conforme lo dispuso la fiduciaria en el Comunicado 010 de 2017 al contar con los soportes en físico para el cumplimiento del fallo sería innecesario que el expediente regrese al ente territorial, ya que una vez aprobado por la oficina de prestaciones económicas de la FIDUPREVISORA se remite a la oficina de pagos de la misma entidad para proceder al ingreso en nómina, por lo tanto la Secretaría no incurrió en vulneración de derecho fundamental alguno y el trámite de pago y cumplimiento del fallo está en cabeza única y exclusivamente de la FIDUPREVISORA S.A.

2.- Acervo Probatorio

Dentro del expediente reposan los siguientes documentos:

- Copia de la solicitud de cumplimiento del fallo presentada por la tutelante a través de apoderado, en su condición de cónyuge supérstite del docente GUILLERMO ABAD MEJÍA GÓMEZ, ante la Secretaría de Educación de Boyacá (Fls. 8 a 10).
- Copia de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Mixto de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama el 20 de marzo de 2015, por medio de la cual se ordena, entre otros, reliquidar y pagar en debida forma a favor del señor GUILLERMO ABAD MEJÍA GÓMEZ su pensión de jubilación, así como de la constancia de notificación y ejecutoria de tal providencia (Fls. 11 a 17)
- Copia de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 2B, notificada por estado el 28 de octubre de 2015, por medio de la cual se confirma la sentencia de primera instancia (Fls. 18 a 28)
- Pantallazos y oficios de envío por parte de la Secretaría de Educación a la FIDUPREVISORA S.A. (Fls. 61 a 66)

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde al despacho establecer la vulneración de los derechos fundamentales de petición, debido proceso administrativo, moralidad administrativa, seguridad jurídica, seguridad social integral en pensiones, protección especial reforzada para las personas de la tercera edad, mínimo vital, igualdad, dignidad humana y conexos de la ciudadana CARMEN ALCIRA MOJÍCA DE MEJÍA, como quiera que en su dicho los entes tutelados no han dado cumplimiento a fallos judiciales de primera y segunda instancia que ordenaron reliquidar una pensión de jubilación, a pesar de haber transcurrido ya un (1) año desde que fue elevada la solicitud de cumplimiento.

Acción de Tutela No. 2017-00203
 Accionante: CARMEN ALCIRA MOJICA DE MEJIA
 Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
 MAGISTERIO, FUDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

Para lo anterior en primer lugar, se estudiará la procedencia de la acción de tutela y luego se abordará el caso concreto.

1. Procedencia de la Acción de Tutela para el Reconocimiento y Pago de Prestaciones en Materia Pensional

Dado su carácter subsidiario y residual, la acción de tutela no procede “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, de conformidad con el numeral 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Así lo ha reiterado la Corte Constitucional:

“Conforme al artículo 86 de la Carta, la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario, esto es, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, que puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando: a) no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver un conflicto relacionado con la vulneración de un derecho fundamental, b) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan eficaces o idóneas para la protección del derecho de que se trate, o, c) cuando existiendo acciones ordinarias, resulte necesaria la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.

En este sentido, la subsidiariedad y excepcionalidad de la acción de tutela reconocen la eficacia de los medios ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, a ellos se debe acudir preferentemente, siempre que sean conducentes para conferir una eficaz protección constitucional a los derechos fundamentales de los individuos. De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales por esta vía, debe haber agotado los medios de defensa disponibles para el efecto, exigencia que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador.”¹

En el asunto *sub-examine*, la accionante por vía de tutela pretende lograr el pago de una reliquidación de pensión ordenada mediante providencias judiciales de primera y segunda instancia, emitidas dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 2014-00018, solicitud que previo a la presentación de la acción de tutela fue elevada en sede administrativa ante la Secretaría de Educación de Boyacá (Fls. 8 a 10), sin que a la fecha haya sido resuelta, pudiendo acudir al proceso ejecutivo contemplado en los artículos 297 a 299 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), mecanismo de defensa judicial idóneo para exigir el cumplimiento de la obligación impuesta en los fallos judiciales, que al no haber sido ejercido tornaría en principio, improcedente la acción de tutela.

En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela ha generado una posición unitaria dentro de la jurisprudencia constitucional, según la cual por regla general dicha acción no procede para el reconocimiento y pago de derechos pensionales en tanto las controversias relacionadas con la seguridad social pueden ser resueltas a través de los medios de defensa que ofrece el ordenamiento jurídico. Al respecto la Corte Constitucional ha explicado:

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia T-045-16 del 10 de febrero de 2016. Referencia: expediente T-5189723. Acción de Tutela instaurada por Carlos Alberto Lancharos Sanabria, contra la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, p. 29.

"(...) El artículo 86 Superior establece la acción de tutela como un procedimiento constitucional, destinado a la protección de los derechos fundamentales, caracterizada por su carácter residual y subsidiario, esto significa que, sólo 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 materia de reliquidación de pensiones, por regla general la acción de tutela resulta improcedente, en tanto, las controversias relacionadas con la seguridad social, pueden ser resueltas a través de los medios de defensa que ofrece el ordenamiento jurídico, los cuales pueden ser de tipo administrativo o judicial.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha determinado que si el reconocimiento de una pensión por parte del juez de tutela es excepcionalísimo, debido a que está condicionado a la puesta en peligro de derechos fundamentales, circunstancia que debe demostrarse, con mayor razón el amparo constitucional por regla general se torna improcedente para ordenar reliquidación de pensiones ya reconocidas, pues por una parte, esta materia compete al juez ordinario y debe ventilarse en el escenario natural propio de esa clase de procesos, pero adicionalmente en estos casos se está ante una prestación económica ya reconocida y en consecuencia, por regla general, no existe amenaza o vulneración del derecho al mínimo vital del solicitante"² (Negrilla fuera del texto original)

No obstante, el máximo Tribunal Constitucional también ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para el reconocimiento y pago de derechos pensionales, tal y como se indicó en la Sentencia T- 045 de 2016:

"Una de las características de la acción de tutela es la subsidiariedad. No obstante, es posible que excepcionalmente el juez de tutela reconozca alguno de los derechos que emanan del régimen de seguridad social en pensiones, como por ejemplo el derecho a la pensión de jubilación por aportes o de vejez, cuando se acredite que los medios ordinarios de defensa judicial no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo suficientemente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable³.

(...)

Respecto a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales, particularmente cuando estas corresponden a pensiones de jubilación, el juez constitucional, de manera previa deberá verificar que en el caso concreto concurren ciertos requisitos a saber: (i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección; (ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, (iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iv) que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá

² CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente: Dr. MAURICIO GONZALEZ CUERVO. Sentencia T-724-13 del 17 de octubre de 2013. Referencia: Expediente T-3.940.971. Fallos de tutela objeto revisión: sentencia del 2 de mayo de 2013 de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales, que confirmó la sentencia del 15 de marzo del mismo año del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales. Accionante: Carolina Morales de Cardona y otros. Accionado: CAJANAL.

³ Al respecto se ha dicho que "la regla que restringe la participación de la acción de tutela en la protección de los derechos prestacionales tampoco es absoluta. Excepcionalmente, es posible el reconocimiento de esta clase de derechos por la vía del amparo constitucional, no solo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancias que deben ser valoradas por el juez constitucional en cada caso particular". Sentencia T-083 de 2004.

Acción de Tutela No. 2017-00203
 Accionante: CARMEN ALCIRA MOJICA DE MEJIA
 Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
 MAGISTERIO, FUDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo”⁴

(...)

En suma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que, como regla general, la acción de amparo constitucional es improcedente para obtener el reconocimiento y pago de derechos pensionales. No obstante, tratándose de personas de la tercera edad, la acción de amparo se convierte en un mecanismo principal de protección de sus derechos, cuando se acreditan el resto de los requisitos señalados en la jurisprudencia de esta Corporación,(...)”⁵

Así mismo sobre la procedencia de la acción de tutela para el cumplimiento de sentencias judiciales que reconocen derechos pensionales ha explicado la Corte Constitucional:

“Determinada como está la importancia del cumplimiento de las providencias judiciales, ahora cabe indagar si la acción de tutela es el mecanismo idónea para garantizar tal cosa.

*Al respecto, esta Corporación ha establecido que la acción de tutela por ser un mecanismo subsidiario, solo es procedente cuando se han agotado los medios ordinarios que la persona tenga a su alcance. **En el caso de las sentencias judiciales que ordenan el pago y reconocimiento de una mesada pensional, la norma prevé el proceso ejecutivo.** Conforme a la jurisprudencia, la procedencia o no de la acción de tutela para efectos del cumplimiento de una providencia judicial, resulta en todo caso excepcional. Así pues, cuando se trata de una obligación de hacer, ha señalado que es factible acudir al mecanismo de amparo para lograr tal propósito, dado que los medios ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico no siempre resultan idóneos para lograr tal propósito.*

*Contrario a lo anterior, ha expresado que **la acción de tutela resulta improcedente cuando se trata del cumplimiento de obligaciones de dar, teniendo en cuenta que para ello la ley estipula el proceso ejecutivo, aduciendo además que la finalidad del recurso de amparo se enmarca en su carácter subsidiario y no puede entrar a sustituir los medios ordinarios para lograr la efectiva protección de un derecho fundamental.***

No obstante, esta regla no es absoluta. En algunos pronunciamientos, la Corte Constitucional ha indicado que cuando está de por medio la afectación de otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad física y moral es procedente que mediante este mecanismo residual y subsidiario se ordene que el derecho debidamente reconocido se ejecute, lo que se traduce en la inclusión nómina a quien se le reconoció el estatus de pensionado.

Al respecto, en sentencia T-631 de 2003, la Corte advirtió lo siguiente:

“Y, en esta línea de reflexión, la Corte ha considerado procedente la acción de tutela en aquellos casos en los que se ha exigido el cumplimiento de sentencias que reconocen pensiones, como quiera que si el juez de tutela se abstiene de ordenar la inclusión en nómina de los peticionarios convalida la afectación del mínimo vital de los mismos, lo cual constituye una excepción a la regla según la cual la tutela es improcedente si persigue el cumplimiento de sentencias que generan obligaciones de dar”.

En razón de la revisión tuteladas por la Corte Constitucional, esta ha tenido la oportunidad de conocer solicitudes de amparo similares a las que ahora se estudian. Por ejemplo, en la sentencia T-440 de 2010, el accionante presentó una petición escrita para que se diera

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-249 de 2006. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-055 de 2006 y T-851 de 2006.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia T-045-16 del 10 de febrero de 2016, Op.cit., p. 18-21

Acción de Tutela No. 2017-00203

Accionante: CARMEN ALCIRA MOJICA DE MEJIA

Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FUDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y DEPARTAMENTO DE BOYACA – SECRETARIA DE EDUCACION

cumplimiento a una sentencia que ordenó al ISS pagarle la pensión de vejez, puesto que era padre cabeza de familia y se encontraba desempleado. Con fundamento en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al igual que los artículos 229 y 29 de la Constitución Política, esta Corporación adujo que:

“tanto las autoridades públicas como particulares, deben acatar los fallos judiciales con el fin de garantizar la efectiva materialización de los derechos fundamentales y, además, el goce pleno de los mismos por quienes acceden a la administración de justicia, lo que a su vez soporta una garantía constitucional del Estado Social de Derecho”⁶. (Negrilla fuera del texto original)

Igualmente ha precisado:

“Respecto de la procedencia de la acción de tutela para solicitar el cumplimiento de las decisiones que finiquitan un proceso judicial, la Corte ha reconocido, a través de una amplia y constante línea jurisprudencial, que el mecanismo constitucional resulta procedente, de manera general, cuando se está en presencia de una obligación de hacer. El ejemplo característico de este tipo de obligación ocurre cuando la sentencia judicial ordena el reintegro de un trabajador.

Situación contraria ocurre cuando se encuentra incorporada una obligación de dar. La jurisprudencia constitucional ha afirmado que el ordenamiento jurídico contempla un mecanismo principal e idóneo para exigir el cumplimiento de éste tipo de obligaciones como lo son los procesos ejecutivos. Al respecto, la Corte ha señalado “que el proceso ejecutivo tiene la virtualidad de obtener el forzoso cumplimiento de aquello que se quiere eludir, mediante la aplicación de medidas que, como el embargo y posterior remate de los bienes del deudor, están en manos del juez, quien las lleva adelante pese a la resistencia del demandado, en los casos y dentro de las reglas procesales pertinentes”.

De esta manera, se puede concluir que el primer estudio que debe llevar a cabo el juez constitucional cuando resuelva una tutela cuya pretensión principal radique en el cumplimiento de una providencia judicial, es determinar el tipo de obligación que consagra la orden del fallo.

*Ahora bien, lo anterior no significa que la acción de tutela siempre proceda para ordenar el cumplimiento de una sentencia que contiene una obligación de hacer; **la naturaleza subsidiaria de la acción constitucional siempre prevalece y, por esa razón, además de la naturaleza de la obligación, debe constatar que existe un riesgo cierto para los derechos fundamentales del accionante o el posible acaecimiento de un perjuicio irremediable.***

Aceptar una tesis distinta implicaría admitir que la tutela opera como un mecanismo ordinario dentro de los procesos judiciales, desnaturalizando así la acción. Este postulado cobra mayor fuerza cuando la obligación de hacer que se pretende hacer cumplir, tiene un carácter netamente monetario; en estos casos la Corte no puede admitir la procedencia automática de la acción de tutela, toda vez que hacerlo desnaturalizaría la acción. En consecuencia, al igual que en cualquier otra circunstancia puesta en conocimiento del juez constitucional, es menester realizar un estudio para determinar la real afectación de los derechos.”⁷

De lo expuesto colige en principio el despacho, que la accionante debe acudir al proceso ejecutivo para exigir el cumplimiento de la obligación emanada de los fallos judiciales. Sin embargo, si se demuestra que tal mecanismo no resulta eficaz, la

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia T-441/13 del 11 de julio de 2013, acápite de consideraciones, numeral 8.4.1.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo. Sentencia T-005/15 del 15 de enero de 2015, acápite de consideraciones, numeral 2.5.1.

Acción de Tutela No. 2017-00203

Accionante: CARMEN ALCIRA MOJÍCA DE MEJÍA

Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FUDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

acción de tutela se convertirá en el mecanismo idóneo para reestablecer los derechos transgredidos.

2. Improcedencia de la acción de tutela cuando existen otros mecanismos de defensa

Dentro de un Estado Social de Derecho, la regla general es que las controversias jurídicas sean resueltas mediante los mecanismos contemplados en el ordenamiento jurídico como lo son los procesos administrativos y/o jurisdiccionales, no obstante *per se*, estos son mecanismos que muchas veces pueden resultar ineficaces para la protección de los derechos del interesado.

Lo anterior, obliga al Juez de tutela a determinar en cada caso concreto, si a pesar de contarse con otro mecanismo de defensa diferente a la tutela, esta se vuelve la vía idónea para la protección de los derechos.

Como se expuso párrafos arriba, es claro que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido que en principio la tutela no es el medio judicial apropiado para el reconocimiento **y pago** de derechos de carácter pensional; no obstante, esta regla que desarrolla el principio de subsidiaridad no es absoluta, ya que, si bien en principio no procede la tutela para solucionar este tipo de controversias, excepcionalmente y con carácter extraordinario, esta se muestra como el mecanismo apto para la protección inmediata de los derechos de sujetos que se encuentran en estado de debilidad manifiesta.

3. Caso en concreto

En la presente acción se encuentra acreditado que: **i)** el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció al señor GUILLERMO ABAD MEJÍA GÓMEZ, pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución No. 1426 del 1º de noviembre de 2007 (Fls. 15), **ii)** que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el señor GUILLERMO ABAD MEJÍA GÓMEZ solicitó la reliquidación de su pensión, pretensión que fue acogida mediante sentencias de primera y segunda instancia (Fls. 12 a 28), **iii)** que las decisiones judiciales cobraron ejecutoria el 03 de noviembre de 2015 (Fl. 11), **iv)** que la tutelante, CARMEN ALCIRA MOJÍCA DE MEJÍA, en su calidad de cónyuge supérstite del señor GUILLERMO ABAD MEJÍA GÓMEZ, mediante memorial radicado el 22 de noviembre de 2016, solicitó ante la Secretaría de Educación del Departamento, el cumplimiento de los fallos judiciales mencionados (Fls.8 a 10) y **v)** que como consecuencia de lo anterior, actualmente el expediente administrativo de cumplimiento de las sentencias se encuentra en estudio en la FIDUPREVISORA S.A. (Fl. 52 y 72). Así mismo, **vi)** que la señora CARMEN ALCIRA MOJÍCA DE MEJÍA, hoy percibe pensión (así lo informó la FIDUPREVISORA S.A. - Fl. 73)⁸, pero **vii)** a la fecha no ha iniciado el proceso ejecutivo correspondiente para exigir el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los fallos judiciales y que tal como lo expuso en las peticiones de tutela estaría dirigido a lograr "(...) el pago del respectivo retroactivo, desde la fecha que ordenó el fallo judicial".

⁸ Nótese además que la petición de pago incluida en la acción de tutela está referida **únicamente** al retroactivo generado desde la fecha que ordenó la sentencia (25 de junio de 2011), lo cual constituye un indicio de que la señora percibe la sustitución pensional.

Es así que al analizar el material probatorio, no se puede más que colegir con certeza que la presente acción de tutela es improcedente en la medida en que no cumple con los requisitos para que proceda de manera excepcional como mecanismo subsidiario, pues lo pretendido hace referencia a una obligación de dar una suma de dinero, ante lo cual, tal como lo ha establecido la Corte Constitucional, el proceso ejecutivo resulta ser el mecanismo idóneo y eficaz para lograr el pago del retroactivo correspondiente a la reliquidación pensional ordenada en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, *máxime* que no se evidencia el posible acaecimiento de un **perjuicio irremediable**.

Sobre este aspecto ha aclarado también la Corte Constitucional:

(...) algunos grupos con características particulares, como los niños o los ancianos, pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aun cuando para la generalidad de la sociedad no constituyen perjuicio irremediable, sí lo son para ellos, pues por encontrarse en otras condiciones de debilidad o vulnerabilidad, pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifican un “tratamiento diferencial positivo”, y que amplía a su vez el ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela.

(...)

*De cualquier manera, los criterios que definen si un perjuicio es irremediable o no, tienen que guardar estrecha relación con los aspectos sustanciales por los cuales se les concede genéricamente esa especial protección. En otras palabras, **no todos los daños constituyen un perjuicio irremediable por el simple hecho de tratarse de sujetos de trato preferencial.***

(...)

En síntesis, siguiendo la jurisprudencia constitucional, las personas de la tercera edad son titulares de una especial protección por el Estado, cuando el perjuicio sufrido afecta la dignidad humana⁹, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, cuando surgen lazos de conexidad con derechos fundamentales, o cuando resulta excesivamente gravoso someterlas a los trámites de un proceso judicial ordinario.

Sin embargo, también ha advertido que cuando no se presenta esa afectación, si bien es cierto puede existir algún menoscabo patrimonial, el perjuicio pierde la categoría de irremediable y, en consecuencia, no es susceptible de protección mediante tutela. En el caso específico de las pensiones, la Corte ha explicado que si una persona pertenece a la tercera edad, esa “sola y única circunstancia” no hace necesariamente viable la tutela, a menos que se pruebe que su subsistencia o su mínimo vital pueden estar gravemente comprometidos.”¹⁰
(Negrilla fuera del texto original)

Es así que aun cuando la accionante invoca como uno de sus derechos fundamentales vulnerados el mínimo vital, su solo dicho no es suficiente, *máxime* que no explica la manera en que este se ha transgredido en su caso particular y es evidente que percibiendo una pensión, no existe amenaza o vulneración del derecho al mínimo vital y la subsistencia de la solicitante.

En ese orden de ideas, del acervo probatorio allegado al proceso y de los hechos narrados en la demanda, no puede concluirse más que no se cumplen los requisitos

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente: Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Sentencia T-177-15 del 16 de abril de 2015. Op.cit. p. 7 a 9

Acción de Tutela No. 2017-00203

Accionante: CARMEN ALCIRA MOJÍCA DE MEJÍA

Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

exigidos por la jurisprudencia constitucional para que proceda la acción de tutela, en tanto no aparecen demostradas en el expediente condiciones especiales del accionante, ni se encuentra evidencia de un perjuicio irremediable que desvirtúe la eficacia o idoneidad de los medios ordinarios de defensa judicial, esto es, el proceso ejecutivo, toda vez que no se observa la inminencia de un perjuicio grave, que requiera de medidas urgentes para conjurarlo y cuyos efectos no puedan restablecerse posteriormente, por lo que se declarará improcedente el mecanismo constitucional incoado por la señora CARMEN ALCIRA MOJÍCA DE MEJÍA.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR por improcedente la acción de tutela impetrada por la señora CARMEN ALCIRA MOJÍCA DE MEJÍA contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO.- Si este fallo no es objeto de impugnación, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez quede ejecutoriada esta providencia.

TERCERO.- Notifíquese a los interesados conforme al procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CLARA PIEDAD RODRÍGUEZ CASTILLO

Jueza

Sentencia Tutela 2017-00203