

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Providencia: Sentencia.
Proceso: Acción de Tutela.
Radicación: 73001-31-03-005-2021-00017-00
Accionante: Tarsicio Esquivel Mora
Accionado: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y otros.

Tema a Tratar: **Acción de Tutela – Procedencia en Materia Pensional:** Respecto de las discusiones relacionadas con la titularidad de derechos en materia de seguridad social y específicamente en el caso de derechos pensionales, no corresponden al objeto de la acción de tutela ni deben ser definidas, en principio, por el juez constitucional, ya que se trata de asuntos que deben ser controvertidos en el natural espacio de debate de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa según el caso, salvo que el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, no resulte eficaz para la protección del derecho fundamental del actor y que las circunstancias específicas del caso hagan necesaria la intervención del Juez de tutela.

Derecho de Petición en Materia Pensional: Como resultado de la evolución jurisprudencial en este tema, mediante la sentencia de unificación 975 de 2003, se indicaron los plazos con que cuentan las autoridades para dar respuesta a las peticiones en materia pensional y de esa manera garantizar la efectividad de este derecho. Todos estos plazos contados por supuesto desde el momento en que se eleve la respectiva solicitud de información general sobre el trámite del reconocimiento pensional, reliquidación, reajuste y pago por parte del interesado.

I. OBJETO DE DECISIÓN:

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela interpuesta por **Tarsicio Esquivel Mora** contra **el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), la Secretaria de Educación Municipal de Ibagué y Fiduprevisora S.A.**

II. ANTECEDENTES:

Tarsicio Esquivel Mora promovió la presente Acción de Tutela contra ***el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), la Secretaria de Educación Municipal de Ibagué y Fiduprevisora S.A.*** a efectos de obtener las siguientes

III. PRETENSIONES:

Se ordene a la entidad accionada que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, incluirme en la nómina de pensionados, proceder al pago de la totalidad de las mesadas pensionales adeudadas, y realizar los descuentos en salud.

IV. HECHOS:

Indica el accionante – ***Tarsicio Esquivel Mora*** -, que en la actualidad cuenta con 64 años de edad cumplidos, laboro en varias entidades del sector público, el último en la docencia, realizando los aportes para pensión en el régimen de prima media, conforme lo dispone la Ley para acceder al reconocimiento y pago de mi pensión de vejez.

No obstante, lo anterior y haber cumplido con todos los requisitos legales para tener derecho al reconocimiento y pago de mi pensión de vejez, ***el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y la Secretaria de Educación Municipal de Ibagué*** entidades encargadas del reconocimiento, no lo hizo dentro del término legal, teniendo que acudir a la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

Pese a su insistencia ante las entidades encargadas para que le fuera reconocida su pensión, no logró que expidieran la Resolución, teniendo que acudir a la acción constitucional de Tutela, fue así que el 23 de julio del año 2020 el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y medidas de Seguridad mediante sentencia

resolvió tutelar el derecho fundamental de petición invocado, ordenando al representante legal de la Fiduprevisora S.A. o quien haga sus veces, para que en el término de 5 días siguientes a la notificación de este fallo, proceda a contestar el oficio No.2020EE792 del 4 de febrero de 2020 mediante el cual la Secretaria de Educación Municipal de Ibagué, envió a dicha entidad los documentos pertinentes para el estudio de la aprobación del proyecto de acto administrativo de reconocimiento de pensión de vejez, teniendo en cuenta que a corte 27 de febrero del presente año, vencía el termino para que esta entidad impartiera aprobación o indicará a la respectiva Secretaria de Educación Municipal, el motivo de rechazo del proyecto de resolución remitido.

Sin embargo y teniendo en cuenta la decisión judicial anteriormente referida, la **Secretaria de Educación Municipal de Ibagué** fue hasta el 31 d agosto de 2020 que profirió el acto administrativo (Resolución No 1700) por medio de la cual ordena los siguiente: *“Reconocer y pagar ajuste a la pensión de jubilación al docente **Tarsicio Esquivel Mora**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 14.228.801 de Ibagué, en cuantía de NOVECIENTOS OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (908.889), con fecha de efectividad del 30/10/2016...”*

No obstante, lo anterior y pasado casi 6 meses de la expedición de la Resolución, aún no se le ha hecho efectivo el pago, para lo cual contaban con 40 hábiles para la cancelación ni de la pensión, y el retroactivo a que tengo derecho por haber cumplido la totalidad de los requisitos exigidos por la Ley y pese a ver proferido el acto administrativo que así lo ordena, sin que hasta la fecha se halla realizado el respectivo pago. El no pago de la pensión ya reconocida mediante Resolución No 1700 del 31 de agosto de 2020, vulnera mis derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad y a la protección de la tercera edad, además de presentar quebrantos de salud, padeciendo de diabetes y no tener servicio médico que me atienda.

La omisión de incluirme en nómina afecta gravemente mis derechos fundamentales antes relacionados, ya que no me encuentro trabajando ni percibiendo ningún emolumento, y en tal razón no tengo los medios económicos para proveer mi subsistencia y la de mi familia, esto es, sufragar los gastos de alimentación, servicios públicos, vestido, transporte y obligaciones económicas contraídas, teniendo que acudir a préstamos familiares para los gastos de primera necesidad.

V. TRÁMITE PROCESAL:

Correspondió por reparto a este Juzgado el trámite de la presente acción, admitida mediante proveído del veintiséis (26) de enero de dos mil veintiuno (2021), corriéndosele traslado a la parte accionada para que se pronunciaran sobre los hechos vulnerantes alegados en su contra:

La Fiduprevisora S.A. en ningún momento puede proceder a realizar reconocimientos, modificaciones, correcciones, adiciones u otros de actos administrativos, ni proceder a realizar pago alguno mientras no exista el acto administrativo que así lo determine, teniendo en cuenta que se trata del respaldo contable de la erogación de los dineros del erario público.

En este punto, resulta importante reiterar que las dos únicas funciones que cumple Fiduprevisora S.A. en calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en relación con las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales en favor de los docentes, de acuerdo con el Decreto 2831 de 2005 que rige la materia, son:

1. ESTUDIAR los proyectos de acto administrativo (Resolución) que remiten las Secretarías de Educación a nivel nacional, devolviendo el resultado, en calidad de negado o aprobado, dentro de los quince (15) días siguientes a la radicación

completa del mismo en el aplicativo destinado para ello y la remisión física del expediente.

2.PAGAR las prestaciones sociales reconocidas a través de una Resolución (Acto administrativo) que única y exclusivamente pueden promulgar las Secretarías de Educación a nivel nacional, una vez dicho ente territorial nos remita toda la documentación legalmente necesaria para proceder con el pago, es decir, copia de la resolución con constancia de ejecutoria y orden de pago sin errores.

Una vez revisados de manera minuciosa los aplicativos institucionales e interinstitucionales, se encontró que efectivamente existe la radicación de solicitud de una pensión de jubilación a favor de la accionante, esta prestación fue estudiada y aprobada por el área dispuesta para dichos fines por la entidad el día 01 de diciembre de 2020.

Una vez expedido el acto administrativo definitivo, la secretaría procedió con la remisión del mismo junto con la orden de pago a esta entidad, documentación que de igual forma deben ser estudiados para su respectiva aprobación ya que cualquier inconsistencia podría generar un perjuicio tanto para el accionante como para el patrimonio de la Nación; en dicha revisión se observó que el acto administrativo presenta algunos errores por tanto se solicitó expedir acto administrativo aclaratorio ya que no fue posible su aprobación en día 02 de diciembre de 2020.

Se informa que a la fecha la Secretaría de educación no ha remitido el documento con las correcciones solicitadas.

La **Secretaria de Educación Municipal de Ibagué** en réplica de la acción manifestó que el trámite de reconocimiento y pago de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, se encuentra

reglamentado por los Decretos Nacionales 2831 de 2005, 1075 de 2015 y 1272 de 2018.

Decreto 1272 del 2018 *"Por el cual se modifica el Decreto 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación, se reglamenta el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones"*.

Que si bien es cierto, para la expedición de los actos administrativos por medio de los cuales se reconoce las prestaciones sociales a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se estableció un procedimiento en que intervienen tanto la Secretaría de Educación mediante la elaboración del proyecto de acto administrativo de reconocimiento prestacional y la Fiduciaria. Por tanto, esta entidad con oficio 2020EE792 del 04/02/2020 remitió a la Fiduprevisora para estudio el proyecto de reconocimiento de pensión vejez del accionante, donde se le informó al docente mediante el oficio 2020EE795 del 04/02/2020, que dicho proyecto fue recibido en la entidad fiduciaria el 10/02/2020, estudiado el 04/08/2020, y recibido nuevamente en esta secretaría en estado APROBADA el día 10/08/2020 con el radicado SAC IBA2020ER013359, por lo cual se expidió la resolución No. 1700-001349 del 31/08/2020, donde se reconoce y ordena el pago de una Pensión de Vejez, siendo notificada el día 03/09/2020 y ejecutoriada el 04/09/2020, remitiendo orden pago mediante oficio 2020EE3969 del 04/09/2020; para el respectivo pago por dicha entidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la fiduprevisora, el día 03/12/2020 mediante radicado IBA2020ER22347 envió hoja de revisión, la cual fue estudiada el 01/12/2020, en estado APROBADO CORREGIDA, donde se evidencia que la misma no cuenta con una justificación de no dar cumplimiento a la orden de pago

debidamente ejecutoriada, es de iterar que la carga que le asiste esta secretaría con la elaboración del proyecto de acto administrativo, ya se profirió.

Amén de lo anterior, deberá dársele el valor probatorio correspondiente a la manifestación que hace el accionante bajo la gravedad del juramento en el hecho No. cuarto, al mencionar que esta secretaría profirió acto administrativo de reconocimiento (resolución No. 1700) el cual se envió para pago a la fiduprevisora, por tanto, se puede colegir que la mora no es nuestra.

Empero, el día 3 de febrero de hogaño, se ofició a la fidupreviosora según número de salida IBA2021 EE000274, solicitando se sirva informar el motivo de no cumplimiento al acto administrativo definitivo.

VI. DE LA PRIMERA INSTANCIA:

Adelantado el tramite de la acción y estando el despacho dentro del término para decidir, se procede a resolverla luego de las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES:

1. De los Presupuestos Procesales de la Acción:

No se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, encontrándose acreditados los presupuestos de la acción, pues es este despacho competente para resolver la presente acción, y la misma cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 86 de la Constitución Nacional y el Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas Jurídicos:

¿Procede la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones económicas?

3. Desenvolvimiento de la problemática planteada.

En el presente asunto, se debe determinar si la acción de tutela procede para lograr el reconocimiento y pago de una reliquidación, así como para la revocatoria de un acto administrativo.

3.1. De la Procedencia de la Acción de Tutela:

La acción de tutela en los términos del artículo 86 de la Constitución Política Colombiana, vigente a partir de 1991 y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, procede como mecanismo definitivo e inmediato de los derechos constitucionales fundamentales, a falta de un medio alternativo de defensa judicial, idóneo y eficaz, esto es, que posea igual o mayor efectividad que la tutela para lograr la protección del derecho vulnerado o amenazado por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares excepcionalmente.

Este mecanismo judicial de orden constitucional, breve y sumario resulta viable en ausencia de vías judiciales ordinarias o excepcionalmente en presencia de ellas, en el caso de que éstas no sean lo suficientemente efectivas para la protección de los derechos fundamentales del afectado, o cuando la protección reclamada no sea de tal eficacia e inmediatez como la que ofrece la acción de tutela, que permita así, conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. No es un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto por quien acude a la misma. De esta manera se evidencia la importancia de una de las características fundamentales de la acción de tutela, como es la subsidiariedad.

Respecto de las discusiones relacionadas con la titularidad de derechos en materia de seguridad social y específicamente en el caso de derechos pensionales o como ocurre en el caso bajo estudio respecto del reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva, no corresponden al objeto de la acción

de tutela ni deben ser definidas, en principio, por el juez constitucional, ya que se trata de asuntos que deben ser controvertidos en el natural espacio de debate de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa según el caso, salvo que el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, no resulte eficaz para la protección del derecho fundamental del actor y que las circunstancias específicas del caso hagan necesaria la intervención del Juez de tutela¹.

Con todo, y solo de manera excepcional, procederá la acción de tutela como mecanismo transitorio a fin de precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable, como vía judicial aceptable para reconocer, así sea de manera transitoria, derechos en cabeza de una persona². Entonces, será el Juez Constitucional quien deberá ponderar la viabilidad de la acción de tutela cuando quiera que los mecanismos judiciales ordinarios se avizoren como ineficaces.

En el asunto *sub examine*, el tutelante - **Tarsicio Esquivel Mora** -, pretende en esta oportunidad se conmine a la **Fiduprevisora**, para que proceda a incluir en la nómina de pensionados, proceda al pago de la totalidad de las mesadas pensionales adeudadas, y realizar los descuentos en salud.

La Corte ha referido que la acción de tutela es el único medio de defensa judicial para obtener el pago de la pensión, toda vez que el mismo solo se hace efectivo si previamente se realiza la inclusión en nómina de pensionados, acto de trámite o preparatorio que no es atacable vía gubernativa ni ante la jurisdicción contencioso administrativa³. En este orden de ideas, es diáfano que la presente acción de tutela es procedente para requerir a la

¹ Sentencia T-521 de 2010.

² Sentencia T - 206 de 2003. “la cuestión constitucional aparezca probada, es decir, que para verificar la eventual vulneración del derecho fundamental no sea necesario un análisis legal, reglamentario o convencional detallado y dispendioso, o un ejercicio probatorio de tal magnitud que supere las capacidades y poderes del juez constitucional. De tal suerte que cuando no hay claridad alguna sobre si procede el reconocimiento de la pensión de sustitución, no es viable acudir a la tutela para dilucidar dicho asunto, pues no le corresponde al juez constitucional, entrar a definir si se tiene el derecho o no”.

³ Ley 1437 de 2011: “ARTÍCULO 75. IMPROCEDENCIA. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.”

Fiduprevisora S.A. la inclusión en nómina de pensionados del actor; más aún cuando la misma **Secretaría de Educación Municipal de Ibagué**, manifestó que ya había profirido el acto administrativo de reconocimiento (resolución No. 1700), el cual se envió para pago a la **Fiduprevisora**, a tal punto que el día 3 de febrero de hogaño, la requirió según oficio número de salida IBA2021 EE000274, solicitando se sirva informar el motivo de no cumplimiento al acto administrativo definitivo.

Así, toda vez que la entidad accionada no procedió a lo propio y en consecuencia no inició el pago de la mesada pensional, ni procedió a explicarlos los motivos del cumplimiento de la resolución No. 1700, encuentra el despacho que la **Fiduprevisora** vulneró los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del señor **Tarsicio Esquivel Mora**, ya que la no inclusión en nómina de una persona a la que se le ha reconocido la pensión de vejez también constituye el desconocimiento del derecho a la seguridad social, el cual conlleva las garantías de acceder a una pensión de vejez y de devengar una remuneración vital.

Sumado a que la Honorable Corte Constitucional ha reiterado que **bajo ninguna circunstancia puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional**, ya que evidentemente la interrupción en los ingresos del pensionado afecta no solo su mínimo vital, sino también el de su familia⁴.

En tal sentido, la Corte ha resaltado que el derecho a gozar plenamente de una pensión surge desde el momento en que la persona se retira y deja de devengar su salario, al entenderse que para la siguiente mensualidad percibirá el monto de la asignación reconocida por la administradora de pensiones, pues, se reitera, *“no puede haber solución de continuidad entre el retiro y el acceso a la pensión”*.⁵

⁴ Sentencia T-426/18

⁵ Sentencia T-280 de 2015. La Corte precisó que: “*surgen desde el momento en el que se pone n su conocimiento esta situación: (i) en primer lugar, se debe incluir inmediatamente en la nómina de*

3.2. Conclusión:

En consecuencia, la protección que invocó el accionante se encuentra justificada; y en tal medida se ordenará a la **Fiduprevisora S.A.**, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, que en el término de ocho (8) días contados a partir de la notificación de la presente decisión, proceda a explicar los motivos de no cumplimiento al acto administrativo de reconocimiento (resolución No. 1700) expedida por **la Secretaria de Educación Municipal de Ibagué**, y de no existir reparo alguno, proceda dentro del mismo termino a su cumplimiento.

Por último, se prevendrá a la **Fiduprevisora S.A.** para que en lo sucesivo se abstengan de incurrir en los mismos hechos que dieron origen a la presente acción de tutela.

VIII. DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué – Tolima**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IX. RESUELVE:

1. Conceder parcialmente el amparo de los derechos fundamentales invocados por **Tarsicio Esquivel Mora** contra **el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)**, **la Secretaria de Educación Municipal de Ibagué** y **Fiduprevisora S.A.**, por las razones expuestas en esta providencia, en consecuencia,

2. Ordenar a la **Fiduprevisora S.A.**, que en el término de ocho (8) días contados a partir de la notificación de la presente decisión, proceda a explicar los motivos de no cumplimiento al acto administrativo de reconocimiento (resolución No. 1700) proferida

pensionados a la persona que se sabe se retiró del servicio y (ii) en segundo lugar, se deberán reconocer retroactivamente las mesadas pensionales contadas desde la fecha en que se hizo efectivo el retiro del afiliado.”

por **la Secretaria de Educación Municipal de Ibagué**, y de no existir reparo alguno, proceda dentro del mismo termino a su cumplimiento.

3. Prevenir a la **Fiduprevisora S.A.** para que en lo sucesivo se abstengan de incurrir en los mismos hechos que dieron origen a la presente acción de tutela.

4. Notificar por los medios más hábiles e idóneos a las partes interesadas, conforme lo dispuesto en el Art. 30 Decreto 2591/91.

5. Remitir las presentes diligencias ante la Honorable Corte Constitucional, si la presente providencia no fuere impugnada, a efectos de su eventual revisión y de conformidad con lo previsto en el Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El juez



HUMBERTO ALBARELLO BAHAMON