



Cartagena de Indias D. T. y C., siete (7) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13001-33-33-001-2019-00073-01
Accionante	ENITH BENAVIDES DE ÁVILA
Accionado	FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)- FIDUPREVISORA S.A., Y OTRO.
Tema	INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL - IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Sea lo primero anotar, que la acción constitucional de la referencia fue repartida al Despacho 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, cuya titular es la Magistrada CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE, quien se encuentra en situación administrativa de vacaciones concedidas por el H. Consejo de Estado. En ese orden, la ponencia de la presente providencia le correspondería al Magistrado ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS, en su condición de Presidente de esta Corporación y encargado del referido despacho; no obstante, atendiendo a que este último en la fecha se encuentra en situación administrativa de permiso, y en virtud de los términos perentorios en que deben ser resueltas estas acciones constitucionales, la ponencia será asumida por el magistrado que le sigue en turno, esto es, el Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ.

Precisado lo anterior, procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada la parte accionante, contra la sentencia de fecha veinticuatro (24) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora ENITH BENAVIDES DE ÁVILA contra el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, FIDUPREVISORA S.A y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud de amparo

1.1 Hechos relevantes planteados por la parte accionante

1.1.1 Por medio de Resolución N° 00218 del 13 de julio de 1992, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional ante el Fondo Educativo Regional de Bolívar, en nombre y representación de la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio; reconoce y ordena el pago de su pensión vitalicia de jubilación, por valor de \$94.108.76 equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio.

1.1.2 Manifiesta que, las entidades accionadas omitieron indexar la primera mesada pensional de la actora y como consecuencia de ello, se dejaron de pagar las diferencias de mesadas en los tres (3) años previos a la solicitud administrativa elevada por la parte accionante.



1.2 Pretensiones¹

Solicita que se tutelen sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la progresividad, a la seguridad social, al mínimo vital y móvil, el derecho a la vida y a la calidad de la misma, a la salud y a la igualdad, los cuales considera fueron vulnerados por las entidades demandadas, cuando omitieron indexar su primera mesada pensional.

Como consecuencia de ello, se ordene el reconocimiento y pago de la diferencia dejada de percibir por falta de dicho ajuste en los tres (3) años previos a la solicitud administrativa por ella elevada, respecto de la pensión vitalicia de jubilación que le fue reconocida en virtud de la Resolución N°.00218 del 4 de agosto de 1991.

2. Actuación procesal relevante

2.1 Admisión y notificación

Mediante auto de fecha 5 de abril de 2019, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena admitió la solicitud de amparo², la cual se notificó por correo electrónico remitido al buzón institucional de notificaciones judiciales de las accionadas³. En dicha providencia se dispuso conceder a las accionadas el término de un (1) día, para que presentaran el informe de que trata el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

3. Informes rendidos

3.1 Secretaría de Educación Departamental de Bolívar⁴

La Jefe de la Oficina Jurídica de esa entidad, solicitó declarar improcedente la acción de tutela, por considerar que se configura un hecho superado con relación a la petición objeto de tutela, fundamentándose en que la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación hecha por la accionante el día 22 de septiembre de 2015 fue remitida a la Fiduprevisora el día 25 de noviembre del mismo año, a fin de que esta entidad resolviera las pretensiones.

Por tanto, considera que no ha vulnerado derecho fundamental alguno, al haber actuado en cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos por la ley.

3.2. Fiduprevisora S.A.⁵

Actuando en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), solicita se declare improcedente la acción de tutela respecto de su actuación como

¹ folio 24.

² Folio 37.

³ Folios 38 - 39.

⁴ Folio 40-42

⁵ Folio 43-48

entidad demandada, toda vez que, no considera haber vulnerado derecho fundamental alguno, en virtud de que no obra en el plenario prueba de la radicación, guía del envió, ni sello correspondiente del asignado a la solicitud de reliquidación pensional elevada por la accionante, por lo cual, manifiesta que la Secretaría de Educación debe indicar el oficio y número de guía con el cual dio traslado al concepto requerido. A su vez, indica que con base en la Sentencia SU - 014 de 2002 de la Corte Constitucional y el Decreto 2831 de 2005, no es posible endilgarle responsabilidad a esa entidad, cuando los derechos de petición de los docentes deben ser radicados y contestados por el ente territorial correspondiente, y que en el caso concreto, se radicó ante la Secretaría de Educación.

Por lo anterior, pide su desvinculación de la presente acción de tutela con ocasión de la falta de la legitimación en la causa por pasiva, y al estar llamada en principio la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar para responder la solicitud de la accionante.

4. Sentencia de Primera Instancia⁶

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena mediante sentencia de fecha 24 de abril de 2019, declaró la improcedencia de la acción de tutela instaurada por la accionante.

Como fundamento de su decisión, sostuvo en síntesis que, no se encuentran acreditados los supuestos necesarios para la procedencia de la acción de tutela para ordenar el pago de la indexación solicitada, por cuanto, la parte actora no demuestra circunstancia particular que permita afirmar que la mesada pensional que actualmente percibe es insuficiente para su sostenimiento y el reconocimiento económico pretendido a través de esta acción constitucional, resulta indispensable para tales efectos.

Así mismo, advierte que siendo la tercera edad una circunstancia que amerita una especial protección constitucional, esta por sí sola no es suficiente para que proceda la acción de tutela en forma automática, de manera que, se requiere acreditar circunstancias que permitan afirmar que la mesada pensional que percibe es insuficiente para su sostenimiento y que su reconocimiento es indispensable, a fin de que no se contraría el carácter subsidiario de la acción.

Adicionalmente, señaló que dentro del expediente no obra prueba de la solicitud de indexación de la primera mesada pensional elevada por la actora en sede administrativa, pues aun cuando la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar informó que la actora radicó el 22 de septiembre de 2015 una solicitud de reajuste pensional, no es posible establecer el objeto de lo pedido, sumado a esto, en el escrito de la tutela no se hizo alusión a tal petición, por lo que se descarta que dicha petición estuviese encaminada a obtener lo pretendido a través de esta acción.

¶ Folio 53 - 59

Código: FCA - 008 Versión: 01 Fecha: 18-07-2017



Finalmente, resaltó que desde la fecha en que se efectuó el reconocimiento de la pensión de jubilación a la accionante -el 13 de julio de 1992- transcurrieron más de 26 años, de lo que se puede inferir que la accionante ha logrado solventar sus necesidades básicas sin el incremento solicitado, motivo por el cual descartó un perjuicio irremediable y la urgencia del reconocimiento.

5. Impugnación⁷

La accionante impugnó la decisión de primera instancia, aduciendo en síntesis que, la A quo desconoció el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional de la sentencia SU-1073 de 2012, al negar la procedencia de la acción de tutela en personas de la tercera edad en aras de garantizar el derecho de indexación de la primera mesada pensional, con el fin de evitar un perjuicio irremediable. Que a partir de ese pronunciamiento fue que se determinó la certeza de la indexación de la primera mesada pensional, como un derecho de carácter universal y de origen constitucional, ya que no existía, ni aún existe legislación sobre el tema, y fue a partir de esa providencia que se estableció un término de prescripción para este tipo de reclamaciones, incluso en situaciones anteriores a la Constitución de 1991, por lo que, considera se debe analizar el requisito de inmediatez en esta acción constitucional.

En ese sentido, califica como una inferencia que contraviene la realidad fáctica, el hecho que la juez aduzca que la accionante desde hace 26 años cuenta con ingresos económicos y ha logrado solventar sus necesidades sin el incremento reclamado, y que en virtud de ello, descarte la urgencia para reclamar por vía de tutela, pues insiste, es a partir de la Sentencia SU-1073 de 2012 que se fijó la certeza del derecho a la indexación de la primera mesada pensional y no a partir del reconocimiento de pensión de la actora en el año 1992.

Respecto del requisito de subsidiariedad, argumenta que conforme lo ha sostenido la Corte Constitucional, cuando se trata de asuntos relacionados con las acreencias laborales y el beneficiario es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en situación de debilidad manifiesta, la acción de tutela procede como instrumento definitivo para salvaguardar sus derechos fundamentales y no es necesario acudir posteriormente a la jurisdicción ordinaria; y que particularmente, cuando se trate de personas de la tercera edad que han superado el promedio de vida de la población colombiana, se presume que los mecanismos de defensa judicial son ineficaces.

Advierte que, el fallador incurrió en vía de hecho al no reconocer la evidente actividad administrativa surtida por la actora al radicar solicitud el 22 septiembre de 2015, la cual sí aparece probada en el informe requerido por el despacho de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar.

5.1 Trámite de la impugnación

A través de auto de fecha 3 de mayo de 2019⁸, la juez de primera instancia concedió la impugnación interpuesta por la parte accionante, siendo repartida

⁷ Folio 62-72

⁸ Folio 74



al Despacho 003 el 9 de mayo de 2019 e ingresado el expediente para dictar sentencia, el 10 de mayo de la misma anualidad.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La competencia

Conforme lo establece el artículo 153 del C.P.A.C.A en concordancia con el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. Legitimación en la causa

2.1 Por activa

La señora ENITH BENAVIDES DE AVILA tiene legitimación en la causa por activa para solicitar la protección de los derechos presuntamente afectados, de los que es titular. En el caso concreto, actúa por medio de apoderado judicial, conforme al poder visible a folio 1- 4 del expediente, el cual cumple con los requisitos previstos en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991.

2.2 Por pasiva

Frente a la legitimación formal por pasiva, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG; FIDUPREVISORA S.A y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, se encuentran legitimadas por pasiva, en razón a que son las entidades que reconocieron la asignación pensional de la accionante y respecto de las cuales se aduce la presunta omisión de reconocer la indexación de la primera mesada pensional.

3. Problema jurídico

De la lectura de las pretensiones de la solicitud de amparo, la sentencia de primera instancia y la impugnación, evidencia la Sala que el problema a dilucidar en el asunto bajo estudio es:

¿Se debe confirmar, revocar o modificar la sentencia de primera instancia?

Para resolver el problema jurídico planteado, se deberá dar respuesta al siguiente interrogante:

¿Resulta procedente la acción de tutela para el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional de la accionante?

En caso afirmativo, la Sala deberá resolver el siguiente interrogante:

Folios 78 – 79.

¿Vulneran las entidades accionadas los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la progresividad y la favorabilidad laboral, a la seguridad social, al mínimo vital y móvil, el derecho a la vida y a la calidad de vida misma, a la salud, derecho de igualdad de la señora ENITH BENAVIDES DE ÁVILA, al no reconocer la indexación de la primera mesada pensional?

4. Tesis de la Sala

La Sala sostendrá como tesis que, se debe confirmar la sentencia de primera instancia, como quiera que, la acción de tutela no resulta procedente en el caso concreto para ordenar el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional de la accionante, por no encontrarse reunidos los presupuestos fácticos para tener como superadas las subreglas constitucionales establecidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de acción de tutela para obtener el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional a favor de la accionante.

5. Marco jurídico y jurisprudencial

5.1 Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que estos 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.

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

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.

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

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

5.2 Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Atendiendo el carácter subsidiario de la acción de tutela, en principio esta resultaría improcedente para obtener el pago de prestaciones sociales, pues para hacer efectivo ese tipo de pretensión el afectado dispone de las acciones legales correspondientes ante la jurisdicción ordinaria en su competencia laboral o la jurisdicción contenciosa administrativa, según la



83

forma de vinculación laboral. Sin embargo, la Corte Constitucional ha precisado que cuando las acciones correspondientes no brindan la protección requerida a los derechos fundamentales en juego, o cuando se demuestre la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable, debe entrar el juez de tutela a resolver el conflicto. Específicamente, en lo que tiene que ver con la comprobación de la inminencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha "utilizado criterios como (i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario(a) . Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado(a)".

Cuando se alega un inminente perjuicio irremediable del derecho fundamental al mínimo vital, como consecuencia de la falta de pago de alguna prestación social, tal afirmación debe estar acompañada de alguna prueba, al menos sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar los hechos en los que basa sus pretensiones.

De allí, que el juez constitucional deba esclarecer los supuestos fácticos que rodean la situación que se le pone en conocimiento, a fin de determinar si está ante una circunstancia de la que pueda predicarse la aludida inminencia, gravedad, urgencia y la consecuente necesidad del amparo.

4.3. Indexación de la primera mesada pensional, su alcance constitucional y procedencia para reconocerla a través de las acciones de tutela.

Es pertinente traer a colación, algunos aspectos precisados por la Corte Constitucional en la sentencia T-092 de 2013, respecto de la indexación de la primera mesada pensional.

En primer lugar se precisó que la indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, de aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada -entre las que se cuentan por supuesto, las obligaciones laborales-. Lo anterior, en la medida en que la inflación produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda. Tal actualización se lleva a cabo mediante distintos mecanismos, los cuales permiten la revisión y corrección periódica de las prestaciones debidas, uno de los cuales es la indexación.

A partir de una interpretación sistemática de los preceptos previstos tanto en el preámbulo de la Constitución Política, como en sus artículos 1º, 25, 48 y 53, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado, sobre el carácter constitucional del derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a obtener su actualización.



Así, en la Sentencia SU-120 de 2003, a través de la cual se unificó la doctrina sentada hasta ese momento por las Salas de Revisión de dicha Corporación, concerniente a la procedencia de la indexación pensional por medio de la acción de tutela, en aplicación, entre otros, de los principios laborales de favorabilidad y efectividad de los derechos, la Corte estudió si el cambio de jurisprudencia adoptado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 18 de agosto de 1999, Sala Laboral, relacionado con la improcedencia de la indexación de la primera mesada pensional, constituía una vía de hecho por desconocimiento de los principios constitucionales que rigen las relaciones laborales consagrados en el artículo 53 de la Constitución.

En primer lugar, se reconoció que existía un vacío normativo en relación con el ingreso base de liquidación de aquellas personas que, en virtud del numeral 2 del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, habían adquirido los requisitos de tiempo trabajado para acceder a la pensión, pero no contaban con la edad requerida. Esta laguna debía ser resuelta aplicando el principio in dubio pro operario, como recurso obligado para el fallador en su labor de determinar el referente normativo para solventar asuntos del derecho del trabajo no contemplados explícitamente en el ordenamiento. En razón del mismo, entre dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, debería elegirse aquella que favorezca al trabajador, y entre dos o más interpretaciones posibles de una misma disposición, debería preferir la que lo beneficie. Agregando además, que tal interpretación devenía de la equidad que debe regir las relaciones laborales, en donde el trabajador se constituye en su parte débil.

Señaló que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional también ha sido reconocido en sede de tutela tanto con anterioridad como con posterioridad a la Sentencia SU-120 de 2003. Así, la Corporación ha estudiado en múltiples oportunidades las acciones de amparo interpuestas por pensionados que, tras agotar todos los instrumentos ante la justicia ordinaria laboral, solicitaron al juez de tutela el reconocimiento de la actualización de su pensión, tal ha sido el caso de las Sentencias T-663 de 2003, T-1169 de 2003, T-815 de 2004, T-805 de 2004, T-098 de 2005, T-045 de 2007, T-390 de 2009 y T-447 de 2009, T-362 de 2010, entre otras.

Como ejemplo, señala que en la sentencia T-663 de 2003, la Corte estudió el caso de varios trabajadores de Bancafé que adquirieron el derecho a la pensión después de varios años de retiro, razón por la cual el monto de su pensión fue sustancialmente inferior al salario que percibían en aquel entonces, así, por ejemplo, en uno de ellos el actor estuvo vinculado a Bancafé hasta marzo de 1983, fecha en la cual devengaba un salario equivalente a 7.74 salarios mínimos legales mensuales, mientras que en 1993 el Banco le reconoció una pensión equivalente al salario mínimo legal mensual.

La Corte amparó el derecho a la indexación de la primera mesada pensional y revocó los fallos proferidos por la Sala de Casación Laboral, mediante los cuales no casaba las sentencias de segunda instancia que denegaban el reajuste de la mesada pensional en algunos casos; o en otros, revocó la decisión de primera instancia que había ordenado su reajuste. Así mismo, la Corte dejó sin efectos las sentencias proferidas dentro de las acciones



promovidas por los afectados ante la justicia ordinaria y ordenó al juez natural o a la Sala de Casación Laboral decidir los recursos de casación, con sujeción a los artículos 13, 29, 48 y 53 de la Constitución Política.

Por otra parte, precisó el carácter universal del derecho a la indexación pensional, resaltándose al respecto que, en la sentencia SU-1073 de 2012, la Sala Plena de esa Corporación, afirmó que éste es predicable de todas las personas pensionadas, no sólo de aquellas que adquirieron tal calidad en aplicación de una convención colectiva, sino también de las que la adquirieron antes de la vigencia de la Constitución de 1991. En efecto, todos los pensionados sufren las graves consecuencias de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, es decir todos se encuentran en la misma situación y por tanto, deben recibir igual tratamiento.

En síntesis, la Corte Constitucional dejó claro que a todos los pensionados, sin distinción alguna, no sólo debe garantizárseles que sus pensiones sean actualizadas anualmente una vez han sido reconocidas por la entidad competente, sino que también existe un derecho constitucional a la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada.

Respecto de la procedencia para reconocer la indexación de la primera mesada pensional, a través de la acción de tutela, en sentencia T-382 de 2011, referida en sentencia T-051 de 2013 se precisó:

“La acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la actualización del salario base de liquidación de la primera mesada pensional debido a su carácter subsidiario, pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para los eventuales conflictos que surjan a propósito de la exigencia de este derecho, cual es la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, la procedencia del amparo constitucional está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos, en orden a preservar la naturaleza de ese mecanismo de protección de derechos fundamentales, estándole vedado al juez de tutela inmiscuirse en controversias de índole legal, propias de las instancias judiciales competentes.

En cuanto a las condiciones especiales para impetrar la indexación pensional mediante el ejercicio de la acción de tutela, deben acreditarse las siguientes:

- a) Que el interesado haya adquirido la calidad de pensionado;
- b) Que haya agotado la actuación en sede gubernativa, mediante el uso de los recursos y medios de impugnación propios de esa instancia, en procura de satisfacer su pretensión de indexación;
- c) Que haya acudido oportunamente a la jurisdicción común, con el fin de obtener el reconocimiento de la indexación de la primera mesada;
- d) Que demuestre las condiciones materiales que justifiquen la protección por vía de tutela, para el caso, que se trate de una persona de avanzada edad, y que se encuentren afectados derechos fundamentales”.

Caso Concreto

6.1 Hechos relevantes probados

6.1.1 Mediante Resolución N° 00218 del 13 de julio de 1992, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional ante el Fondo Educativo

Regional de Bolívar, reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la señora ENITH BENAVIDES DE ÁVILA, por valor de \$94.108,76 equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio¹⁰.

6.1.2 La señora BENAVIDES DE ÁVILA tiene 77 años, como se desprende del Registro de Civil de Nacimiento visible a folio 30, en el que se registra como fecha de nacimiento el 4 de agosto de 1941.

6.1.3 La Secretaría de Educación Departamental de Bolívar en el informe rendido, aseveró que la accionante presentó solicitud de reajuste a esa entidad el día 22 de septiembre de 2015 y que la misma fue remitida a la Fiduprevisora el 25 de noviembre del mismo año (fl. 42).

6.1.4 La señora ENITH BENAVIDES DE ÁVILA actualmente recibe pensión de jubilación por un valor total de \$1.877.842, como consta en los comprobantes de pago visibles a folios 31 - 33 del expediente.

6.2: Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico

Aplicado el marco jurídico y jurisprudencial expuesto en esta sentencia a la situación fáctica de la solicitud de amparo, encuentra la Sala que la sentencia de primera instancia se debe confirmar, en razón a que, la acción de tutela resulta improcedente, al no haberse demostrado los requisitos de subsidiariedad, inmediatez y perjuicio irremediable que desdibujen su naturaleza y que permita la intervención del Juez constitucional.

En efecto, tal como se desprende de los antecedentes expuestos, lo que pretende la accionante es que por vía de la acción de tutela se ordene la indexación de la primera mesada pensional a que dice tener derecho, pero sin demostrar que, en su caso concreto, se cumplen las subreglas que la Corte Constitucional ha señalado para que proceda este derecho por vía de tutela.

En este punto central, la Sala debe precisar que, si bien la H. Corte Constitucional ha venido reconociendo el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, como un derecho de carácter constitucional y universal, y su concesión por vía de tutela, no exime que para ello, el actor acredite la configuración de los requisitos generales de procedencia para el reconocimiento de acreencias laborales tales como, **subsidiariedad, inmediatez y perjuicio irremediable**.

En el caso concreto, no se acreditaron estos requisitos para que proceda el reconocimiento en sede de tutela de la indexación de la primera mesada por las razones que se pasan a exponer:

En cuanto al requisito de subsidiariedad, advierte la Sala que según lo informado por la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, la señora ENITH BENAVIDES DE ÁVILA radicó una solicitud el día 22 de agosto de 2015 ante esa entidad, sin embargo, se desconoce el objeto de la misma, es decir, no queda claro que en ella se pretendiera la indexación de la primera mesada pensional,

¹⁰ Folios 27 - 28.

debido a que no fue aportada con el escrito de tutela, ni la parte actora hace referencia a este como fundamento de los derechos constitucionales que considera vulnerados. Por lo tanto, no es dable afirmar que la accionante agotó la actuación en sede gubernativa en procura de satisfacer su pretensión de indexación.

Aunado a lo anterior, en caso que no se le haya dado respuesta a una eventual solicitud de indexación radicada ante las autoridades administrativas competentes, la interesada tenía como opciones, o bien interponer recurso contra el acto ficto, o acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en aras de obtener la nulidad del acto administrativo presunto configurado en virtud del silencio administrativo negativo, sin embargo, no existe prueba de que en efecto haya realizado alguna de estas actuaciones.

En ese orden, al no estar demostrado que la parte actora ventiló la pretensión de reconocimiento ante el juez contencioso administrativo, se tiene que respecto de la misma no ha obtenido decisión judicial previa. Por lo tanto, teniendo a su favor un mecanismo ordinario de defensa judicial, como es el de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de tutela no puede considerarse la vía idónea y eficaz para lograr el reconocimiento que reclama, porque el juez constitucional no puede, de ninguna manera, remplazar al juez ordinario en la valoración que por competencia le corresponde.

Adicionalmente, se debe recalcar que, la accionante tampoco allegó prueba tendiente a acreditar que la interposición de una demanda ordinaria con ese propósito le genere un perjuicio irremediable, que haga imposible la espera del pronunciamiento judicial ordinario.

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha señalado reiteradamente:

"Ahora bien, en lo que respecta a la solución de controversias laborales que tienen como medio primordial de tramite la jurisdicción laboral ordinaria o la contenciosa administrativa, es claro que aquí el mecanismo de acción de tutela no procede, pues de ser así se estaría autorizando un uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela"¹¹.

En el caso bajo estudio, si bien se probó que en la actualidad la actora tiene 77 años de edad, lo que la convierte en sujeto de especial protección constitucional, conforme lo disponen los artículos 1º y 7º de la Ley 1276 de 2009, a partir de lo cual se entiende como adulto mayor a aquella persona que cuenta con más de 60 años de edad¹², ese solo hecho no resulta suficiente para determinar la existencia de un perjuicio irremediable, pues tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, este debe ser grave, inminente y debe requerir

¹¹ T-304 de abril 28 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo).

¹² Resulta pertinente citar que en sentencia T-398 de 2009 la Corte Constitucional sostuvo que si bien la doctrina constitucional de dicha Corporación ha sido enfática en fijar la edad de 75 años para considerar a una persona como de la tercera edad, por ser esa edad el promedio de expectativa de vida en Colombia, dicha posición no es constante, pues la Corte Constitucional en ciertos casos, de acuerdo con otros factores distintos de la edad, ha dado el trato de sujetos de especial protección constitucional a personas que cuentan con menos de 71 años. Concluyendo en la misma, que si bien la accionante contaba con 64 años, era una persona de la tercera edad en virtud de la Ley 1276 de 2009, lo cual la hace considerarla como un sujeto de especial protección constitucional. Criterio reiterado en sentencias T-007 de 2010, T-829 de 2011, T-021 de 2013



medidas urgentes e impostergables para superar el daño, aspectos que se descartan en el sub lite, al tenerse en cuenta que el reconocimiento pensional del accionante ocurrió desde el año 1992, habiendo transcurrido hasta la fecha de presentación de la tutela, aproximadamente 26 años, y 7 años.

Ahora bien, en su escrito de impugnación la parte actora manifiesta que a partir de la sentencia SU 1073 de 2012 fue que la Corte Constitucional reconoció el derecho de indexación a las pensiones otorgadas antes de la constitución de 1991, sin embargo, debe advertirse al respecto que tal como se consignó en el marco jurídico de esta providencia, desde la Sentencia SU-120 de 2003, dicha corporación unificó la doctrina concerniente a la procedencia de la indexación pensional y con posterioridad desarrolló su jurisprudencia al respecto. En ese orden, lo que sucedió con la sentencia SU-1073 de 2012, la Sala Plena de esa Corporación afirmó que el aludido derecho es predicable respecto de todas las personas pensionadas, incluso de las que adquirieron su derecho pensional antes de la vigencia de la Constitución de 1991.

Por lo tanto, no es correcto afirmar que solamente a partir de la mencionada sentencia, era que la actora estaba legitimada para reclamar la indexación de su primera mesada pensional, por lo que, como acertadamente lo concluyó la A quo, no se encuentra justificación alguna para la actitud omisiva asumida por la accionante, respecto de su reclamación tanto en sede administrativa, como en sede judicial. En consecuencia, la Sala coincide con la juez de instancia en que no está acreditado en este caso el requisito de inmediatez, necesario para determinar la procedencia de la acción de tutela en este tipo de casos.

Finalmente, en cuanto al perjuicio irremediable, se evidencia que la parte actora no allegó elementos probatorios que demuestren que padece de enfermedades u otras circunstancias adicionales a su edad, que permitan una protección reforzada por parte del Juez Constitucional; máxime cuando se probó en el expediente que actualmente recibe pensión de jubilación por el monto de \$1.877.842, lo que permite inferir que su mínimo vital se encuentra garantizado.

En este punto, se debe recordar a la accionante que tenía el deber de probar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme lo ha reiterado la H. Corte Constitucional al señalar, entre otras en Sentencia T-131 de 2007, sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, que "el principio ***onus probandi incumbit actori***" que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe a la actora. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho" y sin que en el caso concreto se evidencie una situación excepcional como lo serían, por ejemplo, los casos de personas que se encuentran en dificultad de probar como ocurre con los desplazados o que no cuentan con los documentos necesarios para acreditar los hechos en que fundan sus pretensiones, casos en los cuales se invierte la carga de la prueba a las entidades accionadas.

Aunado a lo anterior, observa la Sala que la parte actora no aportó documentos que permitan acreditar la existencia del derecho reclamado, tales como,



nóminas o certificado de sueldo de las fechas en que le fue reconocido el derecho y en que se retiró efectivamente del servicio, que permitan determinar si en efecto le asiste el derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

Por lo anterior, concluye la Sala –tal como lo hizo la A quo, que no se encuentran acreditadas en este caso las circunstancias que permitan la procedencia de la acción de tutela para efectos del reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

Con fundamento en los razonamientos fácticos y Constitucionales, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veinticuatro (24) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que declaró improcedente la acción de tutela incoada por la ciudadana ENITH BENAVIDES DE ÁVILA contra la FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; FIDUPREVISORA S.A., Y EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SÉGUNDO: Comuníquese la presente providencia al Juzgado de origen y remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha,

Los Magistrados,

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

En situación administrativa de permiso
ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13001-33-33-001-2019-00073-01
Accionante	ENITH BENAVIDES DE AVILA
Accionado	FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)- FIDUPREVISORA S.A. Y OTRO.
Tema	INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL –IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

