

RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ -SECCIÓN CUARTA-.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

RADICACION	11001333704220190029600
DEMANDANTE:	LIBARDO MARMOLEJO HURTADO
DEMANDADO:	BOGOTA D C - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTA
ACCIÓN	TUTELA
DERECHO:	MÍNIMO VITAL

1 ASUNTO POR RESOLVER

Una vez surtido el trámite procesal que la ley asigna a las acciones de tutela, corresponde al Despacho entrar a decidir de fondo sobre el presente asunto.

2 DEMANDA Y PRETENSIONES

El señor LIBARDO MARMOLEJO HURTADO presenta acción de tutela¹ al considerar que su derechos fundamentales a la vida digna, el acceso a una alimentación adecuada y a la seguridad social fueron vulnerados, toda vez que la entidad accionada no le reconoció a su favor sustitución pensional por el fallecimiento de su cónyuge Miryam Marmolejo de Marmolejo.

Expresa el accionante que contrajo matrimonio canónico con la señora Miryam Marmolejo el 04 de enero de 1966, con quien convivió hasta mediados de 1990. Al fallecer su cónyuge el 02 de febrero de 2002, la señora Zenaida Martínez de Marmolejo, madre de su cónyuge, solicitó la sustitución pensional, a lo cual expresa el accionante que no se opuso.

Narra el señor LIBARDO MARMOLEJO que el día 22 de marzo de 2011 falleció la señora Zenaida Martínez. Por lo cual solicita, sustitución pensional a su favor el 27 de febrero de 2019 obteniendo respuesta negativa de la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución No. 5329 de 2019 confirmada mediante la Resolución No. 8122 de 2019.

¹ Folios 1-53.

Señala en los hechos de la tutela, que no cuenta con los recursos económicos necesarios para su congrua subsistencia, además de una vida digna, alimentación adecuada y seguridad social. Expresa que quien le brinda ayuda económica actualmente es su hermana quien vive en la ciudad de Quibdó.

Como pruebas anexa entre otros documentos, copia de la solicitud de sustitución pensional, copia de las respuestas emitidas por la entidad, declaraciones juramentadas, copia de un pago de un giro a su favor.

Por consiguiente formula las siguientes pretensiones (fl. 6):

"Que se ordene a la accionada sustituir la pensión mensual vitalicia de vejez de MYRIAM MARMOLEJO DE MARMOLEJO con C.C. No. 26.254.937 reconocida mediante resolución No. 000683 de 1999, a su cónyuge sobreviviente LIBARDO MARMOLEJO HURTADO, identificado con la C.C. No. 17.068.888, en un término no superior a cinco (5) días hábiles desde el 3 de febrero de 2002 fecha en que se consolidó su derecho prestacional, en lo no prescrito, y con la previa reliquidación que de la misma se hiciera en la resolución No. 7365 de 2002 en favor de CENAIDA MARTÍNEZ DE MARMOLEJO, con C.C. No. 26.250.603, e incluirlo en nómina de pensionados dentro de los 30 días siguientes a la notificación de fallo de tutela, pagando el retroactivo correspondiente e iniciando el pago de las mesadas subsiguientes, realizando los descuentos de salud, a partir de la primera mesada subsiguiente de inclusión en nómina".

Como fundamento de derecho menciona los artículos 48 y 86 de la Constitución Nacional, la Ley 90 de 1946, Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003, CPACA y jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3 TRÁMITE PROCESAL

La acción de tutela fue admitida con auto de 17 de octubre de 2019, y notificada las partes el mismo día.

4 CONTESTACIONES

La SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ contestó la tutela por medio de memorial radicado el 21 de octubre de 2019, y solicita se declare: i) improcedencia de la acción de tutela al existir otros medios de defensa judiciales y ii) carencia actual de objeto porque la entidad dio respuesta de fondo a lo solicitado por el accionante (Adjunta las respuestas folios 57-65).

5 PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al despacho determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales del accionante LIBARDO MARMOLEJO HURTADO a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, con la negativa de la Secretaría Distrital de Educación a reconocerle la sustitución pensional de su cónyuge MYRIAM MARMOLEJO DE MARMOLEJO, aunque quien disfrutaba dicho derecho, la Señora ZENAIDA MARTÍNEZ DE MARMOLEJO, falleció.

Tesis del Accionante: Señala que carece de los recursos económicos necesarios para atender su congrua subsistencia, que no puede pagar una alimentación adecuada, viviendo en condiciones que no son dignas, pues su manutención depende de la ayuda económica de una hermana, razones por las cuales debe serle reconocida, por el juez de tutela, la sustitución pensional.

Tesis SECRETARIA EDUCACIÓN DE BOGOTÁ. No se vulneran los derechos fundamentales del accionante conforme se le ha dado una respuesta de fondo frente a lo solicitado. Además, considera que la acción de tutela es improcedente porque el demandante tiene a su disposición otros medios de defensa judicial.

Tesis del Despacho: Conforme la jurisprudencia Constitucional para la procedencia excepcional de reconocimiento de la sustitución pensional vía acción de tutela, se requiere aplicar un test de procedencia. Estudiada la situación fáctica del accionante se concluye la improcedencia de la misma, pues carecen de veracidad las afirmaciones .

6 ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES

6.1 El mecanismo de protección de los derechos fundamentales

La Constitución Política consagró un instrumento constitucional para la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales, así:

"ARTICULO 86. *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

A su vez, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló la anterior disposición, previó:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto (...)”

El artículo 5 del mencionado Decreto, indica:

“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 20. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”

1.1 Los presupuestos de la acción de tutela

El presupuesto fáctico esencial para la procedencia de la acción de tutela es la “acción u omisión” de la autoridad pública, el cual debe ser objeto del juicio constitucional por parte del juez para determinar si con ellas se ha violado, viola o amenaza cualquier derecho fundamental constitucional. Pero la violación o amenaza del derecho fundamental debe ser actual, grave e inminente o directa, no puede ser cualquier tipo de afectación a los derechos fundamentales, pues como se sabe, el ordenamiento jurídico está dispuesto para atender todos los reclamos a los derechos de manera general u ordinaria, el mecanismo constitucional opera como una herramienta subsidiaria ya que, si existe ese otro mecanismo ordinario, sólo procederá la acción de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable al derecho fundamental. Ahora, si no existiera dicho mecanismo ordinario, procederá de manera principal.

En virtud de lo anterior, cuando al juez constitucional conoce de unos hechos (acciones u omisiones), que conforman la naturaleza subsidiaria, sumaria, informal y, a veces, oficiosa, por ser el juez un garante de los derechos fundamentales, debe examinar de manera amplia (extra o ultra petita) el verdadero alcance del reclamo constitucional del accionante, pues si bien el ciudadano tiene el sentimiento del derecho vulnerado, es al juez a quien le corresponde adecuarlo a la realidad constitucional dándole el verdadero alcance normativo que permita justificar y fundamentar su actuación.

7 EL CASO EN CONCRETO

El accionante LIBARDO MARMOLEJO HURTADO instauró acción de tutela en contra de la SECRETARIA EDUCACIÓN DE BOGOTA por considerar que la entidad violó sus derechos fundamentales al negarle la sustitución pensional.

Por su parte, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTA contestó la tutela y solicita que se declare la improcedencia del medio de control y la carencia actual de objeto.

Test de procedencia de la tutela para el reconocimiento de la sustitución pensional

Para estudiar el caso en concreto el Despacho primero analizará si es procedente la acción de tutela para el reconocimiento de sustitución pensional, para lo cual se remitirá a las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional que casos similares ha abordado el tema aplicando el *test de procedencia*.

Es el caso de la sentencia T-082 de 2018, en el cual al abordar la procedencia de la tutela para el reconocimiento de una pensión de sobreviviente², estimó conveniente el estudio de los presupuestos de la referida acción *-legitimación, subsidiariedad e inmediatez-* esto en armonía con lo consignado en la Sentencia SU-005 de 2018.

Para el caso que nos ocupa no hay duda de la legitimación en la causa por activa al considerar el señor LIBARDO MARMOLEJO HURTADO que tiene derecho a la sustitución pensional de quien expresa fue su esposa; tampoco hay duda de la legitimación en la causa por pasiva, al ser la entidad accionada la competente para efectuar tal reconocimiento.

Al abordar el estudio de los requisitos de procedencia de la acción, se ceñirá el Despacho a aplicar el *test de procedencia*, en el cual se analizan cinco condiciones para determinar si es la acción de tutela subsidiaria al existir otro medio de defensa judicial.

Estas cinco condiciones son las siguientes³:

Test de Procedencia	
Primera condición	Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.
Segunda	Debe establecerse que la carencia del

² Figura que comparte, desde el punto de vista teleológico la misma finalidad que la sustitución pensional Sentencia T-205 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos.

³ Tomado de la Sentencia T- 082 de 2018

condición	reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.
Tercera condición	Debe establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al tutelante-beneficiario.
Cuarta condición	Debe establecerse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes.
Quinta condición	Debe establecerse que el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

En el entendido del órgano constitucional estas condiciones son cada una necesaria y en conjunto suficientes para que proceda subsidiariamente la tutela, que aplicadas al caso examinado concluye el Despacho:

PRIMERA CONDICIÓN: *"el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional"* El señor LIBARDO MARMOLEJO HURTADO se ubica en el grupo poblacional de la tercera edad, con más de 76 años, es decir supera la expectativa de vida en Colombia⁴. Sin embargo, ha precisado la corte que dicha condición no implica per se la condición de sujeto de especial protección constitucional.

SEGUNDA CONDICIÓN: *"afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital"*. Esta condición no se acredita. Contrario a los documentos aportados bajo la gravedad de juramento (fl. 22 y 24) en la cual el accionante pretendía probar que no es pensionado, encontró el Despacho⁵ y lo advirtió la entidad accionada, que el señor LIBARDO MARMOLEJO HURTADO recibe pensión desde el año 2008, además según él mismo lo expresa recibe el apoyo económico de su hermana Silvia Aydee Marmolejo Hurtado (hecho 12, fl. 4), y es cotizante de medicina prepagada.

TERCERA CONDICIÓN: *"el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este"* Esta condición no se acredita siquiera sumariamente en el proceso, por el contrario, según lo relatado en los hechos de la acción, el accionante convino en que la sustitución pensional fuera otorgada a su suegra, lo que es un indicador que no dependía de los ingresos de quien fuera su cónyuge.

⁴ Ver Sentencia T-252 de 2017 M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

⁵ Consulta RUAF realizada el 29 de octubre de 2019, obrante a folio 66.

CUARTA CONDICIÓN: *"el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones"* No es posible analizar esta condición como quiera que el caso en concreto se refiere a una sustitución pensional, es decir, el derecho pensional se consolidó antes del fallecimiento del causante.

QUINTA CONDICIÓN: *"el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión"* La acreditación de esta condición le genera dudas al despacho, toda vez que el señor LIBARDO MARMOLEJO HURTADO solicita la sustitución pensional hasta el año 2019, estableciéndose un tiempo bastante prolongado desde el fallecimiento de quien expresó ser su cónyuge -el 02 de febrero de 2002-, y el de la señora Zenaida Martínez de Marmolejo que se produjo el 22 de marzo de 2011.

La honorable Corte Constitucional en la sentencia SU – 005 de 2018, aplica el test de procedencia a distintos accionantes, y concluye que se deben cumplir todas las condiciones, de manera que el solo hecho de contar con una edad avanzada no es suficiente para la procedencia excepcional de la tutela.

Del análisis realizado anteriormente encuentra el Despacho que no es procedente la acción de tutela para estudiar el reconocimiento de sustitución pensional a favor del señor LIBARDO MARMOLEJO HURTADO al no cumplirse los presupuestos señalados en el test de procedencia propuesto por la Corte Constitucional, para abordar de manera excepcional el estudio con respecto a la sustitución pensional.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN CUARTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

8 FALLO:

PRIMERO. - Declarar la improcedencia de la acción de tutela para el caso en concreto de reconocimiento de sustitución pensional en favor del señor LIBARDO MARMOLEJO HURTADO identificado con C.C. No. 17.068.888 por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. Advertir a las partes que este fallo puede ser impugnado, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO.-NOTIFICAR por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- ENVIAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez cobre ejecutoria la presente decisión en armonía con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ANA ELSA AGUDELO AREVALO
JUEZ

Preparó: JCGM/YMMD.