

INFORME SECRETARIAL: Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021). Al Despacho de la señora Juez el expediente **2021 – 00546**, informando que la accionada dio respuesta al requerimiento efectuado, y a la fecha se encuentra para resolver la presente **ACCIÓN DE TUTELA**. Sírvase proveer.

ANA RUTH MESA HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D. C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

I. ANTECEDENTES

La señora Celmira Barreto Gutiérrez, identificada con cédula de ciudadanía 28.758.102, interpuso acción de tutela en contra la fiduciaria la PREVISORA S.A., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de petición, a la igualdad y a la vida.

Como sustento de sus aspiraciones, señaló que interpuso derechos de petición en dos ocasiones, trascurriendo más de once (11) meses sin obtener respuesta de fondo a ellos, debido a que el 15 de diciembre de 2020 falleció su cónyuge, el señor José Antonio Valentín Mendoza (Q.E.P.D), mismo día en que quedó sin E.P.S. por ser su beneficiaria.

Manifestó que el 20 de mayo del 2021 radicó documentación completa a la Secretaria de Educación del Distrito para obtener la pensión de sobrevivientes y el 26 de dicha entidad le indicó que la Fiduprevisora es la que aprueba y se encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia, solicitó se ordene a la FIDUPREVISORA, dar respuesta a sus solicitudes, la revisión de la liquidación de la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho y que se le reestablezcan los derechos a la salud.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

En proveído del 12 de noviembre de 2021, se admitió la presente acción de tutela y se requirió a la accionada para que diera contestación a la misma, vinculando a la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá D.C.

La **Secretaría Distrital de Educación de Bogotá** respondió la acción de tutela mediante Oficio S 2021352258 del 16 de noviembre de 2021, en el que solicitó declarar su improcedencia por existir otro medio expedito para la protección del derecho que por activa se invoca.

Informó que la accionante el 26 de mayo de 2021 solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que se le informó al respecto en esa misma data y el 24 de agosto de 2021, fecha última en la que también envió a la FIDUPREVISORA el proyecto de acto administrativo, en el que reconoce la prestación; no obstante dicha entidad no ha emitido respuesta y por tanto, el 16 de noviembre de 2021 la requirió para que agilice el trámite de estudio y aprobación de la prestación.

A su turno, la **FIDUPREVISORA S.A.**, solicitó declarar la improcedencia de la tutela por existir otro medio expedito para la protección del derecho que por activa se invoca y por no ser un mecanismo idóneo para debatir asuntos de índole económico.

Informó que *"...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. Se reitera que las entidades encargadas de proferir los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales solicitadas por la población son las secretarías de educación."*

III. PROBLEMA JURÍDICO

Como problema jurídico, se estudiará si se vulneran los derechos fundamentales de la promotora de la acción por el proceder de la accionada, y cuales las consecuencias jurídicas de ello.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 y el artículo 1 del Decreto 333 de 2021, este Despacho es competente para conocer la presente acción constitucional.

2. Del Requisito de Subsidiariedad.

A continuación, debe el Despacho reiterar los lineamientos normativos y jurisprudenciales acerca de la procedencia de la tutela, observando que el Decreto 2591 de 1991 estableció:

"Artículo 6º: Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

(...)" (Negrillas fuera de texto).

Es así que, debe memorarse que la jurisprudencia constitucional, ha señalado que en virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser resueltos por las vías ordinarias, y sólo ante la ausencia de éstas o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional, pues *"permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos"*, argumentos que atienden a la necesidad de preservar el reparto de competencias a las diferentes autoridades judiciales, lo cual tiene apoyo en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

En punto del referido principio, se impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se entiende que antes de acudir a este mecanismo excepcional, la parte accionante debe actuar con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios y administrativos, pues ante la falta injustificada de ello, decae en la improcedencia del mecanismo constitucional, como quiera que ésta no debe ser considerada como una instancia adicional o un mecanismo que reemplace a los ordinarios, por lo que para que proceda, se deben reunir los siguientes presupuestos:

- (i)** Una afectación inminente del derecho
- (ii)** La urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable
- (iii)** La gravedad del perjuicio
- (iv)** El carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.

En desarrollo del principio bajo estudio, se dijo en sentencia C-132 de 2018 que la acción de tutela no puede reemplazar las vías ordinarias:

"Más recientemente, en la sentencia T-1008 de 2012, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido

consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015 sirvieron luego para que la Corte reiterara que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe emplearlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia”.

Además, debe acentuar esta Juzgadora que las vías ordinarias a que refiere el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 no sólo hacen referencia a las vías jurisdiccionales, sino que también comprende las vías administrativas, como se ha sostenido, entre otras, en la sentencia T-480 de 2011.

Sumado a lo anterior, la sentencia T-426 de 2019 abordó la procedencia excepcional de la acción de tutela bajo la lupa de la ineficacia de los medios ordinarios y la acreditación de un perjuicio irremediable, atendiendo los presupuestos que permiten la consolidación del mismo:

"Sin embargo, en virtud de lo establecido en las mismas normas referidas, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita que: (i) este no es idóneo ni eficaz, o (ii) "siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”.

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado. Por el contrario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que un medio de defensa no es idóneo cuando este no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión constitucional. En caso de que no ofrezca una protección completa y eficaz, el juez puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

Con respecto al segundo supuesto, esta Corporación ha establecido que el perjuicio irremediable se presenta "cuando existe un

menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.” Respecto a sus características esenciales, en primer lugar, el daño debe ser inminente, es decir, que esté por suceder y no sea una mera expectativa ante un posible perjuicio, aunque el detrimento en los derechos aún no esté consumado. Segundo, las medidas necesarias para evitar la ocurrencia del perjuicio irremediable deben ser urgentes y precisas ante la posibilidad de un daño grave, el cual es evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Finalmente, se exige que la acción de tutela sea impostergable, para que las actuaciones de las autoridades públicas o particulares del caso respectivo sean eficaces y puedan asegurar la debida y cabal protección de los derechos fundamentales comprometidos”.

Bajo el anterior imperativo, se debe recalcar que no existe ninguna presunción acerca de la ineficiencia de las vías ordinarias al momento de resolver los conflictos cuya competencia detentan. Por el contrario, la Corte expuso en la sentencia T-246 de 2018 que las vías ordinarias resultan igualmente eficaces al momento de proteger los derechos de los ciudadanos:

"De igual manera, tratándose de solicitudes que buscan el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha sido enfática en disponer que las acciones ante la jurisdicción ordinaria también constituyen mecanismos idóneos para su amparo”

3. De las facultades *extra y ultra petita*.

La acción de tutela, reviste un carácter informal y por lo tanto goza de mayor laxitud respecto de las demás acciones judiciales.

Por ello, cualquier particular está facultado para adelantar en su propio nombre una acción de tutela, y sin necesidad de obrar por intermedio de apoderado judicial o representante, como quiera que el trámite está encaminado a obtener el amparo inmediato de un derecho fundamental, que podría verse vulnerado si se diera prioridad a los rituales procesales sobre las garantías que se persiguen.

Bajo ese entendido, la jurisprudencia constitucional ha dotado al juez de ciertas facultades para resolver las controversias que se planteen por esta cuerda procesal, y por ello puede examinar o decidir lo que considere pertinente para la protección de los derechos fundamentales.

Dentro de esas facultades, se han acogido las *extra y ultra petita*, por medio de las cuales el juez constitucional tiene la potestad de resolver sobre algún derecho, pese a que éste no se haya invocado como pretensión o dentro de los derechos vulnerados.

La H. Corte Constitucional ha sostenido en sentencia T-104 de 2018, que no solo dicha facultad es potestativa, sino que en determinados asuntos puede ser indispensable. En la citada providencia, se definieron las facultades *extra y ultra petita* así:

"La Corte Constitucional ha reiterado la posibilidad que tienen los jueces de tutela de fallar un asunto de manera diferente a lo pedido. Por ejemplo, en la sentencia SU-195 de 2012 la Sala Plena indicó:

*"En cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición *sui generis* de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales." (Subraya fuera de texto)*

4.2. Lo anterior, reiterando lo señalado en la sentencia SU-484 de 2008[29], en donde la Corte, al referirse a la aplicación de la facultad *extra petita*, señaló:

*"En consideración a la naturaleza fundamental de los derechos amparados por la acción consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, el régimen de la tutela está dotado de una mayor laxitud que el resto de las acciones jurídicas. En efecto, mientras que el pronunciamiento judicial *ultra y extra petita* está vedado en materia civil, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, al juez de tutela le está permitido entrar a examinar detenidamente los hechos de la demanda para que, si lo considera pertinente, entre a determinar cuáles son los derechos fundamentales vulnerados y/o amenazados, disponiendo lo necesario para su efectiva protección. No en vano la Corte Constitucional ha sostenido que:*

"(...) dada la naturaleza de la presente acción, la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales. En otras palabras, en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna

indispensable que los fallos sean extra o ultra petita. Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2o superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho.” (Subraya fuera de texto)

Lo anterior permite concluir que el juez de tutela está facultado para emitir fallos extra y ultra petita, cuando de la situación fáctica de la demanda puede evidenciar la vulneración de un derecho fundamental, aun cuando su protección no haya sido solicitada por el peticionario.”

Más recientemente, la Corporación en sentencia T-001 de 2021 rememoró la forma en la que se aplican las facultades *extra y ultra petita*, con base en las distintas situaciones que se pueden presentar en el escrito y que sirven de base para adoptar las medidas necesarias para garantizar el amparo de los derechos fundamentales:

"Sobre la posibilidad de emitir fallos extra y ultra petita, la Corte ha admitido que esta resuelva los asuntos sin ceñirse estricta y forzosamente (i) a las situaciones de hecho relatadas en la demanda; (ii) a las pretensiones del actor ni (iii) a los derechos invocados por este, como si tuviese que hacerlo en otro tipo de causas judiciales. Esta facultad tiene fundamento en el carácter informal de la acción de tutela, en su objetivo de materializar efectivamente los derechos fundamentales que el juez estime comprometidos al valorar la situación que se le puso en conocimiento, y en su rol de guardia de la integridad y la supremacía de la Constitución.

Es el juez quien debe (i) establecer los hechos relevantes y, en caso de no tenerlos claros, indagar por ellos; (ii) adoptar las medidas que estime convenientes y efectivas para el restablecimiento del ejercicio de las garantías ius fundamentales; y (iii) precisar y resguardar todos los derechos que advierta comprometidos en determinada situación. El juez constitucional, al cumplir estos deberes e ir más allá de lo expuesto y lo pretendido en el escrito de tutela, emplea facultades ultra y extra petita, que son de aquellas "facultades oficiosas que debe asumir de forma activa, con el fin de procurar una adecuada protección de los derechos fundamentales de las personas". El uso de tales facultades no solo implica una posibilidad para el juez de tutela, pues está obligado a desplegarlas cuando el asunto en cuestión lo amerita.”

4. Del derecho a la salud y a la vida.

La relación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud es innegable y, como parte de ello, dos han sido las teorías para llegar a la protección del derecho a la salud. La primera no permitía la protección singular del derecho a la salud, debido a que no era objeto de aplicación inmediata, por lo que suponía que el mismo se encontraba conexo al derecho a la vida. La segunda, y actualmente aplicada, hizo confluir distintas garantías constitucionales para reconocerle autonomía al derecho fundamental a la salud y hacer efectiva su aplicación por sí sola; así lo sintetizó la Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2018:

"La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho[20]–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).

Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela".

Esto implica que la acción de tutela que nos ocupa debe ser estudiada examinando los diversos componentes normativos, jurisprudenciales, conceptuales y dogmáticos del derecho a la salud, evaluándolo de forma autónoma, eso sí, sin desconocer su correlación con el derecho a la vida.

Respecto del derecho que presuntamente ha sido objeto de vulneración, es decir, el derecho fundamental a la salud, debe decirse que éste fue elevado a rango constitucional en el canon 49 de la Carta Política y posteriormente adquirió el rango fundamental en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que previó:

"ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la

igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

Con fundamento en la norma arriba señalada, la Corte Constitucional en sentencia T-314 de 17 de junio de 2016, sostuvo frente a la protección del derecho a la salud, que:

"El derecho a la salud se encuentra establecido en el artículo 49 Superior, y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples derechos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros”.

Reforzando tal postura, la Corte ha expuesto, en sentencia T-361 de 2014, que la dignidad humana se concatena con derechos fundamentales como la salud y que dichos derechos pueden verse birlados cuando no se garantizan las prestaciones que el ordenamiento jurídico interno pone en cabeza de determinada persona:

"Así pues, considerando que "son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo”.

5. Del derecho fundamental a la seguridad social.

Respecto de la seguridad social debe iterarse que no sólo tiene el rol de derecho dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sino que también actúa como un servicio público de carácter esencial. Entonces, es preciso

recordar lo sostenido por la Corte Constitucional, en sentencia T-043 de 2019, frente a tal prerrogativa:

"El artículo 48 de la Carta Política, dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, que debe garantizarse a todas las personas "en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad". Para esta Corporación la seguridad social es un derecho de raigambre fundamental, que debe ser definido de la siguiente manera: "conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano".

En Sentencia T-628 de 2007, esta Corporación estableció que la finalidad de la seguridad social guarda:

"necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación".

De este modo, palmario es que el derecho fundamental a la seguridad social tiene un fin proteccionista de cara a las contingencias inherente de la vida en sociedad, por lo que guarda íntima relación con otros derechos fundamentales, tales como la vida, el mínimo vital y la dignidad humana y, en esta medida, el juez constitucional es el llamado a verificar los presupuestos que hacen o no plausible su protección, cuando estos se encuentren amenazados.

Aunado a lo anterior, el derecho fundamental a la seguridad social envuelve un conjunto de mecanismos, estructuras y procedimientos que permitan la efectividad del Sistema Integral de Seguridad Social, lo que trae consigo el respeto por las garantías con que deben contar los usuarios:

"Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe ocurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias

para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Sentencia T-164 de 2013).

Este andamiaje supone la existencia de una vía judicial para la efectividad del derecho a la seguridad social, casos para los cuales se ha creado la jurisdicción ordinaria laboral; sin embargo, en casos particulares debe ser flexibilizado el requisito de subsidiariedad, pues es menester considerar la especial situación de ciertos sujetos que ameritan una protección constitucional singular:

“Así mismo, esta Corporación ha sostenido que el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela se flexibiliza cuando esta es invocada por sujetos de especial protección constitucional. Así lo precisó la Sala Plena de la Corte en sentencia SU- 263 de 2015 al establecer que el carácter excepcional del recurso de amparo puede llegar a tener algunas excepciones cuando:”(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) Aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; (iii) Cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas, etc.), y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela” (Sentencia T-484 de 2019).

6. Del derecho de petición.

Frente al Derecho Fundamental de Petición, cabe recordar que éste es de carácter constitucional con sustento en el artículo 23 de la Carta Política, en virtud del cual las personas tienen la facultad de elevar solicitudes respetuosas ante las autoridades y, además, a obtener pronta respuesta a ellas, por cuanto exige un pronunciamiento oportuno.

Dicho derecho, además fue regulado en la Ley 1755 de 2015, la que impone las reglas generales para presentar y contestar el derecho de petición, estableciéndose en su primer artículo *“Sustitúyase el Título II, Derecho de Petición, Capítulo I, Derecho de Petición ante las autoridades-Reglas Generales, Capítulo II Derecho de petición ante autoridades-Reglas Especiales y Capítulo III Derecho de Petición ante organizaciones e instituciones privadas, artículos 13 a 33 de la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011”,* refiriendo entonces el artículo 13 de la normativa sustituida que:

“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos de este código, por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma respuesta”.

En el mismo compendio normativo, se dispusieron los términos que se deben tener en cuenta para resolver los derechos de petición, de la siguiente manera:

"Art. 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto."

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-007 de 2017, memorada en el proveído T-044 de 2019, indicó que la respuesta al derecho de petición debe cumplir con las siguientes características para que se considere que se encuentra satisfecha el derecho fundamental bajo estudio:

"(i) Prontitud. Que se traduce en la obligación de la persona a quien se dirige la comunicación de darle contestación en el menor tiempo posible, sin que exceda los términos fijados por la Ley 1755 de 2014. En aras de fortalecer esta garantía el Legislador previó que la ausencia de respuesta puede dar lugar a "falta para el servidor público y (...) a las sanciones correspondientes de acuerdo con el régimen disciplinario."

(ii) Resolver de fondo la solicitud. Ello implica que es necesario que sea clara, es decir, inteligible y de fácil comprensión ciudadana; precisa de modo que atienda lo solicitado y excluya información impertinente, para evitar respuestas evasivas o elusivas; congruente, o que se encuentre conforme a lo solicitado de modo que lo atienda

en su totalidad; y consecuente con el trámite que la origina, cuando es el caso en que se enmarca en un proceso administrativo o una actuación en curso, caso en cual no puede concebirse como una petición aislada.

(iii) Notificación. No basta con la emisión de la respuesta sino que la misma debe ser puesta en conocimiento del interesado y, ante el juez de tutela. Ello debe ser acreditado."

Sin embargo, es necesario resaltar que la jurisprudencia constitucional es consistente en sostener que el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a lo pedido, como se vio en la ya citada sentencia T-044 de 2019, en la que se estudió:

"Esta Corporación ha destacado además que la satisfacción del derecho de petición no depende, en ninguna circunstancia de la respuesta favorable a lo solicitado. De modo tal se considera que hay contestación, incluso si la respuesta es en sentido negativo y se explican los motivos que conducen a ello. Así las cosas se ha distinguido y diferenciado el derecho de petición del "el derecho a lo pedido", que se emplea con el fin de destacar que "el ámbito de protección constitucional de la petición se circunscribe al derecho a la solicitud y a tener una contestación para la misma, y en ningún caso implica otorgar la materia de la solicitud como tal."

Aunado a las anteriores consideraciones, aprecia esta Juzgadora que el derecho de petición, como los demás derechos fundamentales, cuentan con unos componentes que constituyen su núcleo esencial y otros que son denominados elementos estructurales. Los primeros son características ontológicas de las prerrogativas constitucionales, mientras que los segundos se erigen como factores circundantes que permiten la garantía del derecho fundamental y que guardan cercanía con el núcleo esencial. De esta forma se expuso en sentencia C-007 de 2017:

"Este Tribunal ha precisado el entendimiento de los últimos tres requisitos en el sentido de establecer que los elementos estructurales se refieren a aquellos más cercanos a su núcleo esencial, es decir, los aspectos inherentes al ejercicio del derecho que consagren límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten dicho núcleo esencial, delimitado por la Constitución. Adicionalmente, ha definido el núcleo esencial como "como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse "el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental".

Entonces, abarcando propiamente el artículo 23 de la Constitución Política, la Corte Constitucional describió dichos aspectos en la sentencia T-058 de 2018, así:

"Siguiendo estas consideraciones, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-951 de 2014, por medio de la cual se estudió el Proyecto de Ley Estatutaria "(p)or medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", precisó que el núcleo esencial del derecho fundamental de petición comprende: i) la formulación de la petición; ii) la pronta resolución, iii) la respuesta de fondo y iv) la notificación al peticionario de la decisión. En concordancia, se ha precisado que sus elementos estructurales son: (i) el derecho de toda persona a presentar peticiones ante las autoridades por motivos de interés general o particular; (ii) la solicitud puede ser presentada de forma verbal o escrita; (iii) la petición debe ser formulada respetuosamente; (iv) la informalidad en la petición; (v) la prontitud en la resolución; y (vi) la competencia del Legislador para reglamentar su ejercicio ante organización privadas".

En este punto, valga hacer énfasis acerca de la preponderancia que detenta la prueba documental que acredita el efectivo enteramiento al peticionario de la respuesta generada por la entidad pública o el particular receptor de la petición, pues sin esta no es posible perfeccionar el núcleo esencial del derecho de petición, como lo ha manifestado la H. Corte Constitucional en sentencia T-149 de 2013:

"La constancia que logre obtener la entidad de la notificación de su respuesta al peticionario, constituye la prueba sobre la comunicación real y efectiva que exige la jurisprudencia para perfeccionar el núcleo esencial del derecho de petición, desde luego, siempre que la respuesta se ajuste a las exigencias que líneas atrás fueron desarrolladas.

A partir de esta reflexión, es claro que si la entidad está obligada a tener una constancia de la comunicación con el peticionario para probar la notificación efectiva de su respuesta, con mayor razón el juez constitucional, para evaluar el respeto al núcleo esencial de tal garantía debe verificar la existencia de dicha constancia y examinar que de allí se derive el conocimiento real del administrado sobre la respuesta dada".

3. Caso concreto.

Descendiendo al caso bajo estudio, teniendo en cuenta que por activa se pretende la obtención de una pensión de sobrevivientes, y se aduce la vulneración del derecho fundamental de petición, por cuanto dice haber presentado ante la accionada peticiones en 2 ocasiones, las cuales tras el paso de 11 meses no fueron respondidas, las cuales fueron aportadas con el libelo inicial, en donde se aprecia que la tutelante ha adelantado el trámite

para la obtención del derecho a la pensión de sobrevivientes a través de las solicitudes dirigidas a la Secretaría de Educación de fecha 20 de mayo de 2021 y 19 de agosto de 2021.

Al respecto, se debe advertir desde ya, que la acción de tutela para el presente caso, no es pertinente para el reconocimiento o liquidación de la prestación pretendida por activa, toda vez que es un mecanismo judicial que busca exclusivamente la protección inmediata de los derechos fundamentales, por ello con base en lo dispuesto en la Constitución Política, las normas que regulan la materia y la jurisprudencia constitucional, en virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela no puede ser utilizada para evitar procesos administrativos o judiciales, salvo cuando se acredite su falta de idoneidad o cuando se esté ante un perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez constitucional, lo cual no ocurre en el presente caso.

Lo anterior, por cuanto, pese a que la accionante indica que es de la tercera edad, lo cierto es que Esto último, la Corte Constitucional en sentencia T-138 de 2010 determinó que persona de la tercera edad son quienes tengan una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia, y en el presente caso, la accionante si quiera aporta el documento idóneo para acreditar su data de nacimiento, sin embargo, refiere que cuenta con 65 años, que en caso de ser así, no estaría dentro del rango para considerarse de la tercera edad.

Como consecuencia, no es viable solicitar la precitada pensión a través de éste mecanismo excepcional, máxime cuando no aporta ninguna prueba que acredite si quiera el cumplimiento de los requisitos para ser acreedora a la misma, ni se demuestra la existencia de un perjuicio irremediable, pues con la sola mención de ello no es suficiente.

No obstante, se aprecia que la Secretaría vinculada indicó que el 24 de agosto de 2021, mediante oficioS-2021-184421 envió el proyecto del acto administrativo mediante el cual reconoce y ordena una pensión de sobrevivientes en favor de la promotora de la acción. Lo anterior a la FIDUPREVISORA S.A. para su estudio y aprobación; no obstante, ésta no ha dado respuesta, siendo requerida nuevamente el 16 de noviembre de 2021, lo cual se puede corroborar con las documentales adjuntas por la vinculada, sin que la FIDUPREVISORA en su respuesta acreditara algún trámite, pues tan solo se refirió a la improcedencia de la acción.

Por tanto, valga memorar lo dispuesto en el numeral 3 del art. 3 del Decreto 2831 de 2005, esto es:

"Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo."

Es así, se aprecia que la tardanza en el reconocimiento o mejor, respuesta respecto del derecho pensional que se reclama, ha sido por causas imputables a la FIDUPREVISORA S.A., que desde el 24 de agosto de la corriente anualidad tiene en conocimiento el acto administrativo que resuelve la petición pensional de la accionante y sin embargo, como se aprecia de las documentales aportadas con el libelo inicial, no ha resuelto lo de su cargo, pues incluso informa un término para dar cumplimiento a sentencias judiciales, sin que éste sea el caso, pues como se lee del proyecto de Resolución por el cual se concede la pensión de sobrevivientes, la señora CELMIRA BARRETO GUTIERREZ acudió directamente en sede administrativa y no judicial.

Las razones señaladas en las precitadas respuestas resultan primordiales, debido a que a través de ellas las entidades llamadas a la acción han dejado en claro, que una vez realizado el estudio de la prestación por parte de la FIDUPREVISORA se procederá a resolver lo correspondiente al otorgamiento o no de la misma, y que hasta el momento la Secretaría de Educación ha cumplido con los trámites correspondientes respecto de la prestación solicitada, siendo tardío el trámite por parte de la accionada.

Por lo anterior, se ordenará a la Fiduciaria la Previsora S.A. dar respuesta a la Secretaría de Educación del Distrito en el término de **48 horas**, respecto del acto administrativo de reconocimiento pensional de la accionante, ello en punto de la protección de su derecho fundamental de petición, pues nótese que la respuesta efectiva de la citada Secretaría depende del pronunciamiento de la Fiduprevisora, lo que afecta no solo el precitado derecho, sino que de contera el de seguridad social y salud de la actora, quien indica que no cuenta con éstos últimos servicios.

Así, Una vez la Secretaría de Educación del Distrito reciba respuesta de la Fiduprevisora, tendrá el término de **48 horas** para dar respuesta de fondo a la accionante sobre su petición pensional, ya sea en forma positiva o negativa, conforme al estudio que se realice y las pruebas aportadas por la tutelante en el trámite administrativo, debiéndole notificar en éste mismo término la determinación adoptada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **AMPARAR EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN** de la señora Celmira Barreto Gutiérrez, identificada con cédula de ciudadanía 28.758.102, por las razones expuestas.

SEGUNDO: **ORDENAR** al doctor Ricardo Castiblanco Ramírez en su calidad de Presidente de la Fiduprevisora y/o al funcionario competente que haga sus veces en la entidad, dar respuesta a la Secretaría de Educación del Distrito en el término de **48 horas**, respecto del acto administrativo de reconocimiento pensional de la accionante. Dicho término será contabilizado a partir de la notificación de la presente decisión, sin que aquí se imponga algún sentido a la decisión.

TERCERO: **ORDENAR** a Edwin Iván Caicedo Vásquez, Director de Talento Humano (E) de la Secretaría de Educación del Distrito o quien haga sus veces, para que, una vez reciba respuesta de la Fiduprevisora, en el término de **48 horas** resuelva de fondo a la accionante sobre su petición pensional, ya sea en forma positiva o negativa, conforme al estudio que se realice y las pruebas aportadas por la tutelante en el trámite administrativo, debiéndole notificar en éste mismo término a la señora Barreto Gutiérrez la determinación adoptada.

CUARTO: **ADVERTIR** a la accionada que el incumplimiento a esta decisión acarreará las sanciones correspondientes y que deberá informar al Despacho sobre el cumplimiento de la orden aquí impartida.

QUINTO: **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico, de conformidad con el Acuerdo PCSJA2011632 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y en atención a la situación sanitaria del país por la enfermedad denominada COVID-19.

SEXTO: **ENVIAR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si en el término de ejecutoria esta decisión no es impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS

NAP