RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA

SALA DE DECISION PENAL
M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012)
Proyecto aprobado por Acta No. 713
Hora de aprobación: 5:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala resolver lo pertinente en relación con la impugnación interpuesta por el señor Gustavo Giraldo Acevedo en calidad de accionante, contra el fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas.

2. ANTECEDENTES

2.1 El señor Gustavo Giraldo Acevedo interpuso acción de tutela invocando la protección de sus derechos fundamentales a la libertad de conciencia, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de pensamiento y opinión y el derecho de petición. El supuesto fáctico es el siguiente:

- Solicitó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de la Previsora –FIDUPREVISORA SA- la sustitución de la pensión de invalidez por la pensión de jubilación, teniendo en cuenta que cumplía con los requisitos de tiempo y edad, previstos en el art. 27 del Decreto Ley 3135 de 1.968.

- En su calidad de empleado y como beneficiario de la pensión de invalidez, manifestó a través de escrito su voluntad de acceder a la pensión de jubilación, sin que hubiese sido obligado a ello, pese a que entre ambas prestaciones existe una diferencia pecuniaria de $45.657, la cual dejaría de percibir de manera libre, consciente y sin apremio alguno, acogiéndose a recibir un monto inferior y futuro, por valor de $954.801., por concepto de pensión de jubilación.
- Medainte Resolución Nº 648 de agosto 9 de 2012 la Secretaría de Educación de Dosquebradas le negó la sustitución solicitada, y el 15 del mismo mes y año

se pronunció en igual sentido el Vicepresidente de Pensiones de la FIDUPREVISORA SA. La referida resolución fue expedida 441 días después de haberse hecho la petición, desconociéndose sus derechos y garantías previstos en la Constitución Política, y vulnerando los artículos 3 4, 5, 6, y 7 del Decreto 2831 de 2005.

- Desde el principio o a más tardar dentro de los 15 días siguientes a la presentación de la solicitud, se le debía informar si tenia o no derecho a lo pretendido. Sin embargo, en virtud a la exagerada espera, sufrió estrés, intranquilidad y preocupación, agravándose su estado de salud mental, ya que desde hace 14 años padece de trastorno Paranoide Bipolar, patología que según certificado médico le ocasionó una pérdida en su capacidad laboral del 78.5%.

- Incurrió en gastos de más de un millón de pesos en honorarios de abogados con el fin de obtener una opinión legal al respecto.

- Los retardos, omisiones y negativas de los cuales fue objeto su solicitud, fueron denunciados el día 31 de agosto de 2012 ante la Fiscalía de Dosquebradas, ante la presunta existencia de la conducta punible de prevaricato.

2.2 Solicita que se ordene al Secretario de Educación la expedición de un acto administrativo a su favor, por medio del cual se reconozca la pensión de jubilación con mesada pensional indexada al año 2012, equivalente a la suma de $954.801, tal y como fue liquidada y proyectada en la resolución Nro. 648 del 9 de agosto de 2012; ii) que se ordene al Fondo de Pensiones de la Fiduprevisora que se acoja a su voluntad sobre el reconocimiento de la pensión de jubilación por valor de $954.801, a cambio de la pensión de invalidez por la suma de $1.000.458, que en la actualidad disfruta.

2.3 Anexó al escrito de tutela copia del oficio proferido por Fiduprevisora, a través del cual se le informa al actor que teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, no era procedente acceder a la pensión de jubilación, ya que la mesada de invalidez que recibe en la actualidad es mayor al valor de la mesada liquidada.

2.4 Mediante auto del 24 de septiembre de 2012[1], el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas asumió el conocimiento de las diligencias, y ordenó correr traslado a las entidades accionadas.

[1] Folio 4.

3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

3.1 SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE DOSQUEBRADAS

El señor Jhon Mario Ramírez López en calidad de Secretario de Educación Municipal de Dosquebradas, dentro del término legal allegó respuesta a la acción constitucional, en los siguientes términos:

- La Ley 91 de 1989 otorgó al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el carácter de cuenta personal, cuyos recursos serán suministrados por una fiduciaria, en este caso la FIDUPREVISORA SA.

- Al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le compete aprobar o improbar la reclamación que los docentes eleven, lo cual se cumplió a cabalidad en el caso *sub lite.*

- El Decreto 700 del 6 de marzo de 2009 en su artículo 18 prohíbe a las entidades de orden nacional o territorial i) modificar las asignaciones salariales establecidas en el referido decreto, y/o ii) establecer o modificar el régimen de prestaciones sociales de los docentes.

- Las entidades territoriales tampoco están facultados para modificar las asignaciones de los docentes en razón a la reserva legal de la Ley 4ª de 1992; en el mismo sentido rezan los Decretos anuales para los docentes estatales que se rigen por los Decretos 2277 de 1979 y 1298 de 2002.

- Esa entidad negó al señor Giraldo Acevedo su petición de sustitución pensional, teniendo en cuenta que la pensión que en la actualidad recibe por invalidez es mayor a la que por derecho le correspondería por jubilación.

- El mismo accionante afirma que padece un trastorno mental, el cual condujo a que le fuera concedida la pensión de invalidez, padecimiento que aún subsiste. No comprende la entidad los motivos que impulsan al accionante para solicitar una pensión más baja cuando la ley y la jurisprudencia son reiterativas al proteger estar situación por medio del principio de favorabilidad.

- El ente territorial por falta de legitimación por pasiva, no es competente para aprobar o improbar la solicitud incoada por el accionante, ya que la Secretaría solo cumple el papel de tramitadora de las peticiones relacionadas con los temas prestacional y de seguridad social del Magisterio.

3.2 FIDUPREVISORA S.A.

La Fiduprevisora S.A. dio respuesta extemporánea a la acción de tutela formulada[2].

4- DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

4.1 Mediante fallo fechado el 5 de octubre de dos mil doce[3], el Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Dosquebradas resolvió: i) no conceder el amparo Constitucional solicitado por el señor Gustavo Giraldo Acevedo, por hecho superado, ante la existencia de una respuesta de fondo por parte de la entidad tutelada, a la solicitud elevada por el accionante.

El actor impugnó la decisión adoptada.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 El señor Gustavo Giraldo Acevedo, se opuso al fallo emitido por la quo y basó su disenso en los siguientes aspectos:

- De conformidad con lo previsto en el artículo 31 del Decreto 3135, es el empleado quien podrá optar por la pensión que considere más favorable. Dicha norma no faculta al secretario de educación municipal ni al representante de la FIDUPREVISORA SA, para que decidan sobre ese tópico.

- Sólo él tiene la facultad de de tomar sus decisiones, motivo por el cual considera vulnerados los derechos contemplados en los artículos 16, 18, 20 y 23 de la Constitución Política.

- Cuenta con una invalidez calificada del 78,5%. La E.P.S. Cosmitet atiende su salud, y su principal discapacidad es el trastorno de tipo paranoide que padece desde hace 16 años, sin posibilidad de mejoría, tal como loe establece su psiquiatra tratante.
- En la actualidad cumple con los requisitos para obtener la pensión de jubilación, y no comprende la razón para negarle la sustitución pretendida, ya que él mismo la ha solicitado y ha manifestado que es consciente de que el monto sería disminuido en $45.657 pesos mensuales, situación que no lo afecta, ya que únicamente tiene un hijo a su cargo.

---

[2] Folio 21.
[3] Folios 12 al 20.

- Pide i) la protección del Estado prevista para las personas que debido a su condición mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; y ii) que se proteja especialmente el artículo 12 de la Constitución Política.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la C.N.

6.2 Legitimación en la causa por pasiva. Debida integración del contradictorio por parte del juez de tutela.

En diversas ocasiones la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha estimado que la *informalidad* de que está revestido el trámite de tutela no puede implicar el quebrantamiento del debido proceso a que por expreso mandato constitucional están sometidas las actuaciones administrativas y judiciales (art. 29 C.P.)[4], y en cuyo contenido constitucionalmente protegido se incorporan los derechos de defensa y contradicción. Así mismo, ha sido enfática en sostener que el juez de tutela está revestido de amplias facultades oficiosas que debe asumir de manera activa para brindar una adecuada protección a los derechos constitucionales presuntamente conculcados, dando las garantías del caso a las partes implicadas en la litis[5].

6.3 De ahí que el juez constitucional, como director del proceso, esté obligado a- entre otras cargas- integrar debidamente el contradictorio, vinculando al trámite a aquellas personas naturales o jurídicas que puedan estar comprometidas en la afectación *iusfundamental* y en el cumplimiento de una eventual orden de amparo, para que en ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 29 *superior*, puedan intervenir en el trámite, pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes, y en fin, hacer uso de los medios defensivos que ofrece el ordenamiento jurídico.

En armonía con lo anterior, en auto 09 de 1994 la Corte puntualizó:

> *"La integración del contradictorio supone establecer los extremos de la relación procesal para asegurar que la acción se entabla frente a quienes puede deducirse la pretensión formulada y por quienes pueden válidamente reclamar la pretensión en sentencia de mérito, es decir, cuando la participación de quienes intervienen en el proceso se legitima en virtud de la causa jurídica que las*

[4] Corte Constitucional, Auto 021 de 2000.
[5] Corte Constitucional, Auto 115A de 2008.

> *vincula. Estar legitimado en la causa es tanto como tener derecho, por una de las partes, a que se resuelvan las pretensiones formuladas en la demanda y a que, por la otra parte, se le admita como legítimo contradictor de tales pretensiones."*

Sobre los referidos tópicos, el Tribunal Constitucional en providencia A-019 de 1997 señaló:

> *"Por consiguiente, una vez presentada la demanda de tutela, la autoridad judicial debe desplegar toda su atención para conjurar la posible vulneración de derechos fundamentales que aduce el accionante en el petitum, y fallar de acuerdo con todos los elementos de juicio, convocando a todas las personas que activa o pasivamente se encuentren comprometidas en la parte fáctica de una tutela."(Auto 019-97)*

6.4 Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional ha estimado que la falta de notificación de las providencias proferidas en un proceso de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo, lo mismo que su falta de vinculación al proceso, generan una irregularidad que vulnera el debido proceso. Al respecto, la Corte Constitucional señaló en auto 234 de 2006 lo siguiente:

> *"5.- De lo expuesto, fuerza es concluir entonces que la falta u omisión de la notificación de las decisiones proferidas en un proceso de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo, es una irregularidad que vulnera el debido proceso. De allí que por ejemplo la falta de notificación de la providencia de admisión de una acción de tutela, no permite que quien tenga interés en el asunto, pueda enterarse de la existencia de esa actuación y de la consecuente vinculación de una decisión judicial sin haber sido oído previamente.*
>
> *Cuando la situación anotada se presenta, se dan los fundamentos suficientes para declarar la nulidad de lo actuado y retrotraer de tal manera la actuación que permita la configuración en debida forma del contradictorio, o se vincule al proceso al tercero con interés legítimo, pues sólo de esta manera se permite, de una parte el conocimiento de la demanda y la posibilidad del ejercicio del derecho al debido proceso y defensa, así como la emisión de un pronunciamiento de fondo sobre la protección o no de los derechos fundamentales invocados".*

6.5 En el presente caso, la demanda se dirigió en contra de la Secretaría de Educación Municipal de Dosquebradas y la Fiduprevisora S.A. No obstante lo anterior, de las pruebas allegadas al trámite y de la respuesta remitida por la

primera de las entidades referidas, se puede inferir la la necesidad de intervención del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que es el encargado de aprobar los proyectos de actos administrativos referentes a las solicitudes de los docentes, en este caso, sería el facultado de decidir lo concerniente al reconocimiento de la pensión de jubilación pretendida por el actor.

6.6 De lo anterior, se desprende que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio debió ser convocado al trámite por el juzgado de primera instancia, pues como se advirtió, su responsabilidad se vio comprometida ante la eventual afectación *iusfundamental* mencionada por el tutelante.

En tal sentido debe recordarse el contenido del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, el cual reza de la siguiente manera:

> *"ARTICULO 13. PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCION E INTERVINIENTES.* ***La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental****. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.*
>
> *Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud."* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

6.7 En consecuencia esta Sala, declarará la nulidad de la actuación, a partir del fallo calendado del 5 de octubre de 2012, a efecto de que se proceda a vincular al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien le asiste interés directo en el resultado en este proceso, lo que no afecta la validez de la prueba practicada durante el trámite de tutela.

7. DECISIÓN

Por lo expuesto en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad de lo actuado dentro de este trámite de tutela adelantado por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, a partir del fallo calendado el 5 de octubre del presente año, a fin de que se vincule al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Devolver la actuación al Juzgado de origen para que se subsane la irregularidad advertida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JUAN CARLOS MORALES RAMÍREZ
Secretario