

TUTELA – Es procedente para reclamar mesadas pensionales reconocida e indexadas si se vulnera el mínimo vital

Frente a la existencia de otro medio de defensa judicial, advierte la Sala que en principio, la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para acceder a las pretensiones de la actora, es decir, para reclamar el pago de la mesada pensional reconocida e indexada en la resolución 902 del 16 de abril de 2009, pues para ello existe la acción ejecutiva, natural para resolver este tipo de controversias, que es el mecanismo idóneo para resolver el asunto planteado. No obstante, se observa que la actora, a quien le fue reconocida la pensión de jubilación convencional indexada mediante la resolución 902 de 2009 en un monto de \$ 1'316.096, 75, solo recibe como pensión la suma de \$727.467,01, por lo que es procedente analizar si la tutela procede en aras de obtener la protección del derecho fundamental al mínimo vital, que alega la accionante le fue vulnerado por las accionadas. De lo anterior se tiene que, al realizar la suma de los pasivos atrás mencionados, ésta arroja un valor de \$779.088, valor que resulta superior al monto de la pensión que actualmente recibe la actora, que es de \$727.467, con lo que evidentemente resulta vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital, toda vez que el monto que recibe no es suficiente para cubrir el pasivo y sufragar los gastos tanto suyos como de su madre, quien se encuentra a cargo de la accionante. Adicionalmente, el valor de la pensión está establecido en un acto administrativo que se presume legal, por lo que no se justifica la mora en el pago de unas prestaciones ya reconocidas.

MINIMO VITAL – Concepto / MINIMO VITAL – Alcance / MINIMO VITAL – Debe valorarse en cada caso concreto

En reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha dicho que el mínimo vital se constituye como la porción de los ingresos del pensionado, destinada a la financiación de las necesidades básicas de alimentación, vivienda, vestido, acceso a los servicios públicos domiciliarios, recreación, atención en salud, entre otras, que son indispensables para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana. Igualmente, la Corte ha aclarado que el mínimo vital no está constituido necesariamente por el salario mínimo mensual legalmente establecido, por lo que se requiere que el juez constitucional valore en cada caso las condiciones personales y familiares del peticionario, a fin de establecer si, en efecto, se vulnera el derecho fundamental mencionado.

NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional, sentencia de 9 de diciembre de 1999. Rad. SU-995/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de agosto de dos mil nueve.

Radicación número: 25000-23-15-000-2009-00943-01 (AC)

Actor: BLANCA IRENE DE JESÚS HERRERA PALACIO

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y OTROS.

Referencia: FALLO SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el Director General del Consorcio Fopep contra el fallo del 17 de julio de 2009, proferido por la Sección Primera Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la tutela incoada por la señora Blanca Irene de Jesús Herrera Palacio.

La accionante consideró vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital y vida digna, porque el Fondo de Pensiones Públicas – Fopep no le pagó la pensión indexada por no encontrarse registrada en el cálculo actuarial básico aprobado por el Ministerio de Hacienda.

ANTECEDENTES

A. Pretensiones

El actor formuló las pretensiones de la siguiente manera:

“Con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, respetuosamente solicito a ese Honorable Tribunal TUTELAR a mi favor los derechos constitucionales fundamentales invocados, ORDENANDOLE a la autoridad que corresponda, proceda a incluir mi nombre en el cálculo actuarial respectivo y, con ello, inicie los pagos de las mesadas pensionales a que tengo derecho junto con la respectiva indexación reconocida en la resolución 902 de 2009”.

B. Hechos

- La señora Blanca Irene de Jesús Herrera Palacio dice que trabajó para la antigua Caja de Crédito Agrario del municipio de Facatativá por más de 20 años.
- Aduce que mediante la resolución 902 del 16 de abril de 2009, el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones y la administración de la nómina de pensionados de la Caja Agraria en Liquidación, le reconoció la pensión de jubilación convencional, indexada entre la fecha de retiro y la fecha en la que adquirió el derecho, en la suma de \$1'316.096,75, pagaderos a partir del 25 de enero de 2009.
- Manifiesta que el 21 de mayo de 2009, el consorcio Fopep le informó que a partir de ese mes su nombre había sido incluido en la nómina general de pensionados y que, desde el 26 de ese mes podía reclamar la pensión en el Banco de Colombia del municipio de Facatativá.

- Menciona que al momento de recibir el pago se percató de que la suma girada a su favor correspondía al valor de \$727.467,01, que es el de la mesada sin indexar.
- Posteriormente, aduce la actora que mediante oficio No. FPSE – 2009 – 09608 del 22 de mayo de ese año, fue informada de que la primera mesada pensional no fue registrada en el cálculo actuarial básico aprobado por el Ministerio de Hacienda, por lo que hasta que se validen todos los documentos que sirvieron de base para el reconocimiento de las mesadas indexadas y los valores en el cálculo actuarial, se pagarán las mesadas indexadas y los valores del cálculo actuarial.
- Por último, dijo la actora que la reducción que hicieron las entidades accionadas del monto de las mesadas vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, vida digna y mínimo vital, toda vez que la suma que recibe por este concepto no alcanza a cubrir las múltiples obligaciones comerciales por las que debe responder ante las entidades bancarias, ni tampoco para cubrir sus necesidades y las de su madre, quien se encuentra a su cargo.

C. Intervención del demandado

- **Consortio Fopep 2007**

El Gerente General del Consortio Fopep 2007 dijo que revisada la base de datos de la nómina general de pensionados que administra el consorcio, se estableció que el Fondo de Pasivo Pensional Ferrocarriles Nacionales de Colombia, encargado de elaborar la nómina de la extinta Caja Agraria,

reportó la novedad de la inclusión en nómina de la señora Blanca Irene de Jesús Herrera Palacio, así:

Período	Devengos	Descuentos	Neto
200907	727,467.01	87,200.00	640,267.01
200906	1,454,934,02	87,200.00	1,367,734.02
200905	3,055,361.44	366,400.00	2,688,961.44

Entonces, de conformidad con lo expresado, a dicho fondo le compete informar si el reporte de inclusión en nómina de la accionante se efectuó de conformidad con lo ordenado en la Resolución 092 del 16 de abril de 2009, que reconoció e indexó la pensión de la accionante y el consorcio solo se encarga del pago de las pensiones de acuerdo con lo reportado por la entidad. En consecuencia, el consorcio no es el que vulnera los derechos fundamentales de la actora.

Por último, solicitó desvincular al Consorcio Fopep 2007 de la tutela, por cuanto no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante.

- **Fondo de Pasivo Social – Ferrocarriles Nacionales de Colombia**

El Director del Fondo de Pasivo Social – Ferrocarriles Nacionales de Colombia solicitó declarar improcedente la tutela, en lo que respecta a la entidad.

Dijo que de conformidad con el artículo 9 del Decreto 2721 del 23 de julio de 2008, se estableció que hasta que se implemente la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, que tendrá a cargo el reconocimiento de las pensiones y la administración de la nómina de pensionados de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación, el Fondo de Pasivo Social – Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocerá las pensiones que estaban a cargo de la extinta Caja Agraria en Liquidación, así como las cuotas partes que correspondan.

Que según lo establecido en los Decretos 255 de 2000, 2282 de 2003 y 2721 de 2008, el Gobierno Nacional es responsable del pasivo pensional de la antigua Caja Agraria y el Consorcio Fopep *“es el encargado del pago de la nómina de pensionados, así como de aplicar todas las novedades mensuales relacionadas con las pensiones, desde el mes de mayo del año 2002, bajo la coordinación y seguimiento del Ministerio de la Protección Social, cartera a la que se halla vinculado”*.

Indicó que esa entidad ha ordenado al Consorcio Fopep el pago e incorporación en nómina de la pensionada Blanca Irene de Jesús Herrera Palacio, en las novedades de abril, mayo, junio y julio, novedades que han sido rechazadas por Fopep, con el argumento de que el valor de la pensión en el fondo supera el valor presente del cálculo actuarial.

Adujo que mediante la comunicación URP No. 212 del 26 de enero de 2009, se ofició al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que autorizara al Consorcio Fopep a incluir en las novedades los casos rechazados y que resultan del cruce con el cálculo actuarial, sin que a la fecha se haya obtenido respuesta.

Dijo que el pago de las mesadas pensionales no es de su competencia, pero que como a la actora se le está pagando la suma de \$727.467, no se está vulnerando derecho fundamental alguno.

Por último, manifestó que hasta que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público acepte el cálculo actuarial y ordene la inclusión en nómina de la mesada pensional indexada que le corresponde a la señora Herrera Palacio, no se puede hacer el pago de la mesada actualizada.

- **Ministerio de Hacienda y Crédito Público.**

El representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dijo que el hecho de que la Nación tenga un pasivo de carácter pensional, no hace al Ministerio deudor de dicha obligación.

Señaló que no fue empleador del accionante ni tampoco es administrador de pensiones. *“Que no es una entidad de previsión social, no fue el empleador del padre del accionante, no suscribió el acto convencional al cual se emplaza el nacimiento del derecho ni tampoco emitió el acto administrativo que reconoce el derecho”.*

Adujo que su única intervención se limita a hacer el cálculo actuarial de los recursos destinados al pago de las pensiones, operación con la que no se vulnera derecho fundamental alguno.

Por último, dijo que la indexación, en el presente caso, no tiene provisión en el cálculo actuarial ni tampoco es un derecho susceptible de protección por

vía de tutela, por lo que solicitó exonerar a la entidad que representa de toda la responsabilidad que se le endilga.

D. El fallo impugnado

La Sección Primera – Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en fallo del 17 de julio de 2009, accedió a las pretensiones de la tutela.

Dijo que las contradicciones en que incurren las accionadas no tiene por qué ser soportada por la actora, toda vez que existe un acto administrativo que reconoce la pensión de jubilación indexada y a ella deben estarse las entidades accionadas en el cumplimiento de sus funciones.

Sostuvo el Tribunal que en el expediente obran pruebas que demuestran que los ingresos pagados a la actora por parte del Consorcio Fopep son inferiores al monto de las obligaciones bancarias por las que debe responder la accionante, razón por la que existe vulneración del derecho fundamental al mínimo vital.

E. Impugnación

- **Consorcio Fopep 2007**

El Gerente General del Consorcio Fopep impugnó la decisión del Tribunal y reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la tutela, porque a su juicio, no fueron tenidos en cuenta por el juez de primera instancia.

- **Fondo de Pasivo Social – Ferrocarriles Nacionales de Colombia**

El Director General del Fondo de Pasivo Social – Ferrocarriles Nacionales de Colombia impugnó la sentencia del 17 de julio de 2009 y reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la tutela.

Pidió que se revocara el fallo y, en su defecto, se declarara improcedente la acción de tutela de la referencia.

- **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público reiteró que no existe un derecho fundamental a la “*indexación*” que deba ser reconocido mediante la acción de tutela y que no es lo mismo la pensión en sí misma que el saldo relativo a la indexación.

Adujo que el término de 48 horas otorgado por el tribunal para que las accionadas dieran cumplimiento al fallo de tutela es insuficiente, toda vez que el gasto público es bastante complejo, máxime si se tiene en cuenta que las acciones de las entidades son sucesivas y no simultáneas. Que la tarea aprobatoria del cálculo por parte del Ministerio depende de que Ferrocarriles de Colombia envíe el cálculo actual y dicho cálculo debe ser elaborado

nuevamente sobre la base de la pensión indexada, con el que el Fopep puede normalizar los pagos respectivos.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos que así se autoriza.

Dada su naturaleza subsidiaria, sólo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, o, en su defecto, siempre que ello sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el que procederá como mecanismo transitorio de protección.

El fin que persigue la demandante con la acción de tutela consiste en obtener protección de los derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital y vida digna, que considera vulnerados por parte del Fondo de Pensiones Públicas – Fopep, pues no le pagó la pensión indexada por no encontrarse registrada en el cálculo actuarial básico aprobado por el Ministerio de Hacienda.

Por su parte, el Consorcio Fopep 2007 y el Fondo del Pasivo Social – Ferrocarriles Nacionales de Colombia manifiestan que no existe vulneración de los derechos fundamentales de la actora, toda vez que la falta de pago de la pensión indexada obedece a que *“el valor de la pensión en el fondo supera el valor del cálculo actuarial básico que realiza el Ministerio de Hacienda y*

Crédito Público” y que hasta que dicho ministerio no actualice los datos de la accionante no se puede proceder al pago de las pensiones indexadas.

A su vez el Ministerio de Hacienda y Crédito Público aduce que no existe un derecho fundamental a la indexación, por lo que la acción de tutela deviene improcedente en este caso. Adicionalmente, dice que la actora percibe la suma de \$727.467.01, como pensión de jubilación, suma con la que puede sufragar los gastos hasta que se actualice el cálculo y, en consecuencia, no se vulnera el mínimo vital de la accionante.

La Sección Primera Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en fallo del 17 de julio de 2009, amparó los derechos fundamentales de la actora por considerar que, pese a que la accionante recibe la suma de \$727.467,01 por concepto de pensión, dicha suma no es suficiente para sufragar las necesidades básicas, toda vez que las obligaciones bancarias acreditadas por la actora ascienden a la suma de \$ 780.000, por lo que no cuenta con los recursos suficientes para su sostenimiento y el de su señora madre, quien se encuentra a su cargo.

- **De la procedencia de la tutela para reclamar la mesada pensional reconocida e indexada.**

Frente a la existencia de otro medio de defensa judicial, advierte la Sala que en principio, la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para acceder a las pretensiones de la actora, es decir, para reclamar el pago de la mesada pensional reconocida e indexada en la resolución 902 del 16 de abril de 2009, pues para ello existe la acción ejecutiva, natural para resolver este tipo

de controversias, que es el mecanismo idóneo para resolver el asunto planteado.

No obstante, se observa que la actora, a quien le fue reconocida la pensión de jubilación convencional indexada mediante la resolución 902 de 2009 en un monto de \$ 1'316.096, 75, solo recibe como pensión la suma de \$727.467,01, por lo que es procedente analizar si la tutela procede en aras de obtener la protección del derecho fundamental al mínimo vital, que alega la accionante le fue vulnerado por las accionadas.

Bajo esos presupuestos, la Sala abordará el análisis sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

- **Del derecho fundamental al mínimo vital**

En reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha dicho¹ que el mínimo vital se constituye como la porción de los ingresos del pensionado, destinada a la financiación de las necesidades básicas de alimentación, vivienda, vestido, acceso a los servicios públicos domiciliarios, recreación, atención en salud, entre otras, que son indispensables para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana.

Igualmente, la Corte ha aclarado que el mínimo vital no está constituido necesariamente por el salario mínimo mensual legalmente establecido, por lo que se requiere que el juez constitucional valore en cada caso las condiciones personales y familiares del peticionario, a fin de establecer si, en efecto, se vulnera el derecho fundamental mencionado.

¹ Sentencia SU-995/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Ahora, en el expediente obran las siguientes pruebas:

- Resolución No. 902 del 16 de abril de 2009, *“por medio de la cual se reconoce una pensión de jubilación convencional”* (fls 13-17), en la que se resuelve: *“Reconocer a favor del señor (a) BLANCA IRENE DE JESÚS HERRERA PALACIO, identificado (a) con C.C. No. 24.710.313 una pensión de jubilación convencional INDEXADA entre la fecha de retiro y la fecha en la cual se adquiere el derecho, en cuantía de UN MILLÓN TRESCIENTOS DIECISÉIS MIL NOVENTA Y SEIS PESOS CON 75/100 M/cte (1'316.096,75) a partir del 25-Enero-2009”*.
- Comunicación suscrita por la Directora de atención al pensionado del Consorcio Fopep 2007, en la que se le informa a la actora que a partir del mes de mayo de 2009 ha sido incluida en la Nómina General de Pensionados del Sector Público del Nivel Nacional (fls. 18-19).
- Petición presentada por la actora ante el Director General del Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en la que indica la situación de la pensión y se solicita el pago de la mesada con la respectiva indexación (fls. 22 y 23).
- Oficio FPSE-2009-009608 suscrito por el Director General del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en el que se responde la petición presentada por la accionante y le informa que la indexación de la primera mesada pensional no se encuentra registrada en el cálculo actuarial básico que elabora el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, que por tal razón se generó un rechazo de nómina que

impedía el pago. Que por esa razón, se incluyó la mesada sin indexar, hasta que el Ministerio valide los documentos que sirvieron de base para el reconocimiento de las mesadas indexadas y los valores en el cálculo actuarial (fl. 20).

- Oficio URP 01440 suscrito por la directora de la Fiduprevisora, que le comunica a la actora que como los rechazos de los valores de las mesadas pensionales indexadas corresponden a un nuevo procedimiento originado a partir de la nómina de enero de 2009, se ofició al Ministerio de Hacienda para que incluyera las novedades de nómina de los rechazos que resulten del cálculo actuarial (fl. 21).
- Copia de la factura de la tarjeta de crédito del Banco de Occidente, a nombre de la accionante, por un valor de \$259.000, correspondiente al mes de julio de 2009.
- Estado de crédito de Bancolombia, correspondiente al mes de junio de 2009, por un valor a pagar de \$423.836.
- Estado de cuenta de crédito del Banco Agrario de Colombia, por un valor de \$96.252, con solicitud de pago inmediato.

De lo anterior se tiene que, al realizar la suma de los pasivos atrás mencionados, ésta arroja un valor de \$779.088, valor que resulta superior al monto de la pensión que actualmente recibe la actora, que es de \$727.467, con lo que evidentemente resulta vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital, toda vez que el monto que recibe no es suficiente para cubrir el pasivo y sufragar los gastos tanto suyos como de su madre, quien se encuentra a cargo de la accionante. Adicionalmente, el valor de la pensión está establecido en un acto administrativo que se presume legal, por lo que no se justifica la mora en el pago de unas prestaciones ya reconocidas.

En consecuencia, dada la evidente vulneración al mínimo vital de la actora y la negligencia con que han actuado las entidades accionadas, especialmente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al no incluir los cálculos actuariales solicitados por la Directora de la Fiduprevisora, se modificará el fallo impugnado. Se amparará el derecho al mínimo vital de la accionante y se denegará la protección de los demás derechos invocados en la tutela.

Adicionalmente, como en el escrito de impugnación, la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifiesta que el término de 48 horas para cumplir la orden de tutela es insuficiente, se ampliará dicho término a siete días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Modifícase la sentencia del 17 de julio de 2009, proferida por la Sección Primera – Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el siguiente sentido:

1. **Ampárase** el derecho fundamental al mínimo vital de la señora Blanca Irene de Jesús Herrera Palacio. En consecuencia:
2. **Ordénase** al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Consorcio Fopep, que el término de siete (7) días, contados a partir de la

notificación de esta providencia, procedan a incluir el nombre de la actora Blanca Irene de Jesús Herrera Palacio en el cálculo actuarial respectivo y con ello se inicien los pagos de las mesadas pensionales, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 902 del 16 de abril de 2009, esto es, en la cuantía de \$1'316.096,075.

3. **Deniégase** la protección de los demás derechos invocados, por no encontrarse acreditada la vulneración.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

