REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADA PONENTE:

MARÍA CONSUELO RINCÓN JARAMILLO

Aprobado Acta N° 257.

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, trece (13) de abril de dos mil once (2011)

Radicación	66001-31-09-004-2010-00158-01
Procedente	Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira
Accionante	ÁLVARO EDUARDO BETANCUR QUINTERO
Accionados	Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A. y la Secretaría de Educación Municipal de Dosquebradas
Decisión	Confirma

1.- ASUNTO

Resolver la impugnación presentada por la **Secretaria de Educación, Cultura, Deporte y Recreación del municipio de Dosquebradas**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito que amparó de los derechos fundamentales vulnerados al señor **ÁLVARO EDUARDO BETANCUR QUINTERO**.

2.- FUNDAMENTO DE LA PETICIÓN

2.1.- Refirió el accionante que contrajo matrimonio con la señora NANCY EUCARIS ORTIZ TORRES, quien trágicamente falleció el 23 de agosto de 2008, al ser arrollada por un automotor, cuando se disponía a desplazarse a laborar como docente al servicio de la Secretaría de Educación Municipal de Dosquebradas.

2.2.- Que su esposa era quien proveía el sostenimiento del hogar, porque él se dedicó a los quehaceres del mismo, razón por la que solicitó al Fondo de Prestaciones del Magisterio, el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, derecho que le fue negado mediante la Resolución 568 del 29 de julio de 2010, al exigir durante el tiempo de cotización un 20% de fidelidad al sistema, requisito que fue declarado inexequible por la Corte Constitucional.

2.3.- Solicita en consecuencia la revocatoria de aquella decisión y que en aras de proteger sus derechos a la dignidad humana, la seguridad, al mínimo vital y al debido proceso, se ordene el reconocimiento de su pensión de sobreviviente.

2.4. Anexó la documentación pertinente, entre ésta, copia de la resolución 568 del 29 de julio de 2010, emanada de la Secretaría de Educación, Cultura, Deporte y Recreación de Dosquebradas.

3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de adecuado el trámite de la acción, como consecuencia del decreto de nulidad, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad, en fallo del 8 de febrero último concedió el amparo tutelar invocado por **ÁLVARO EDUARDO BETANCUR QUINTERO**, al

advertir que la decisión desfavorable adoptada por la administración pública, se fundamentó en lo dispuesto por el artículo 39 de la ley 100 de 1993, cuyo contenido fue modificado por la Ley 860 de 2003, cuyo texto fue declarado parcialmente inexequible por la Corte Constitucional. Por tanto advirtió que sin la exigencia de aquella fidelidad, la ley otorga aquél derecho al accionante, por lo que al decretar la nulidad de la resolución 568 de 2010 emanada de la Secretaría de Educación, Deportes, Cultura y Recreación de Risaralda, dispuso la adopción de nuevo acto administrativo en aras de restablecer los derechos fundamentales conculcados.

La Secretaría de Educación Municipal de Dosquebradas impugnó el fallo en tiempo, en tanto que el Vicepresidente del Fondo de Prestaciones de la Fiduciaria La Previsora S.A., lo hizo en forma extemporánea.

4.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1.- La acción constitucional prevista en el artículo 86, es un mecanismo de amparo de carácter residual y subsidiario, cuya finalidad es la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando quiera que los mismos se vean amenazados o conculcados[1]. Lo anterior significa que la acción de tutela sólo procede ante la inexistencia o la ineficacia de otros mecanismos judiciales frente a la vulneración de los derechos fundamentales de las personas.

4.2.- La demanda tutelar se dirigió contra varias entidades de la administración pública, tendiente a obtener el reconocimiento de una pensión de sobreviviente que ya fue negada por vía gubernativa, tras

[1] Ver las Sent. T-965/04, T-408/02 T-432/02 y SU-646/99

exponer un argumento jurídico basado en norma declarada inconstitucional.

4.3. La censura que hace la Secretaría de Educación accionada, se cimienta en que la tutela no se ajusta a los fines y derechos que deben ser protegidos por esta vía, que el juez de primer grado se extralimitó en sus ordenamientos y que esta no procede para reclamar derechos prestacionales.

El representante de la Fiduprevisora S.A., al presentar la impugnación lo hizo mediante escrito que se recibió en el juzgado a quo el 3 de marzo último, y revisadas las constancias de notificación personal y por edicto, podemos concluir que el día 1º de ese mes venció la oportunidad para presentar la impugnación, por lo que deviene ahora como extemporánea, razón para no ser considerada en esta instancia.

4.4. Al descender al caso concreto, se aprecia que la entidad accionada –**Secretaría de Educación Municipal de Dosquebradas**– al resolver la petición del actor, para su negativa se amparó en lo previsto por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, que imponía el haber cotizado un mínimo de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad y una fidelidad al sistema pensional del 20% entre el tiempo en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la causación del derecho pensional.

4.5.- La decisión que dispuso el amparo de los derechos fundamentales vulnerados al señor **BETANCUR QUINTERO** en primer grado, analizó el requisito de procedibilidad de la tutela para ordenar el reconocimiento de la pensión, pero además, destacó que la

Corte Constitucional en Sentencia de C-428 de 2009, al efectuar el examen de la norma contenida en el artículo 39 ya citado, declaró inexequible el texto relativo a la exigencia de fidelidad.

En consecuencia, ordenó a la **Secretaría de Educación, Deportes, Cultura y Recreación del municipio de Dosquebradas**, como entidad demandada rehacer la actuación relacionada con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente y expedir un nuevo acto, excluyendo para el efecto lo relacionado con la fidelidad al sistema pensional, por haber sido retirado del ordenamiento jurídico.

4.6. Respecto al carácter subsidiario de la acción de tutela frente a situaciones prestacionales derivadas de un contrato de trabajo, que se regulan por la legislación laboral y su competencia está asignada a los jueces de esa rama, es necesario reiterar, como lo concluyó la falladora de primer nivel que la acción constitucional sí procede excepcionalmente como mecanismo idóneo para ordenar el reconocimiento de la pensión por invalidez, concepto bien definido por la reiterada jurisprudencia constitucional, que al unísono concluye que cuando el titular de la prestación es sujeto de especial protección, alcanza la categoría de fundamental por conexidad con derechos como a la vida en condiciones dignas, el mínimo vital y otros más establecidos como de primera generación por la Constitución Política.

De otro lado, el reconocimiento pensional procede por esta vía cuando se pone en riesgo o se amenaza en forma grave la vida e integridad de la persona en condiciones dignas, siempre y cuando acredite sumariamente la titularidad de este derecho. Aquí es necesario tener en cuenta que la persona se encuentra sin el apercibimiento de un

mínimo vital del que antes estaba provisto, no tiene otra fuente de ingresos, por lo que resulta oprobioso negar el pago de esta prestación, pese al conocimiento de la causa que la origina. Así lo ha ratificado la Corte Constitucional:

> *"La Corte Constitucional ha dicho en numerosas ocasiones que, en principio, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones sociales. Sin embargo, este tribunal Constitucional ha contemplado de manera excepcional la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento del derecho de la pensión de sobrevivientes, en la medida que su desconocimiento afecte de manera directa los derechos fundamentales de la familia del causante, puesto que al presentarse una ausencia de la persona que se hacía cargo de la manutención del hogar, la consecuencia directa que sufrirían las personas que dependían de él, sería la afectación al derecho al mínimo vital, al no tener los recursos para satisfacer sus necesidades básicas*.[2]

4.7. Para despejar inquietudes de los censores, resulta oportuno traer a colación lo precisado en la Sentencia de Tutela 491 de 2010, que frente al caso concreto del reconocimiento de una pensión por causa de invalidez, discernió la Corte Constitucional en los siguientes términos:

> *"Ahora bien, ¿qué sucede en los casos en que la norma vigente al momento de estructuración de la invalidez era el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, del cual fue expulsada del ordenamiento jurídico la palabra fidelidad contemplada en los numerales 1 y 2 del citado artículo por cuanto fue declarada inexequible en sentencia C-428 del 1 de julio de 2009?*
>
> *"En estos casos, se hace referencia al artículo 45 de la Ley 270 de 1996 - Estatutaria de Administración de Justicia -, la cual señala que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control tienen efectos hacia futuro, a menos que la Corte resuelva lo contrario. Pero en este evento, observamos que la sentencia C-428 de 2009 no estableció ningún efecto particular en cuanto a la vigencia de la decisión, esto genera controversia, por cuanto otorgar validez a la aplicación del precepto declarado inconstitucional contraería el*

[2] Sala Novena de Revisión, Sentencia T-776 de 29 de octubre de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio

desconocimiento de los efectos de la cosa juzgada constitucional prevista en el artículo 243 Superior.

"Sin embargo, la Carta Política plantea en su artículo 53 la aplicación del principio de favorabilidad para resolver los conflictos normativos en materia laboral.

"Este principio encuentra consagración legal en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual prevé que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. Igualmente dispone, que la que se adopte deber ser aplicada en su integridad.

"Respecto al principio de favorabilidad, la Corte en la sentencia SU-1185 de 2001, realizó un estudio detallado del su contenido y alcance en materia laboral. En esa oportunidad, la Sala Plena sostuvo lo siguiente:

> *"En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia antes citada, se manifestó sobre el tema lo siguiente:*
>
> *"Pero además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.*

"En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

"Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...".

"Dentro de este marco, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido los requisitos para que en un caso concreto pueda

argumentarse la existencia de una duda sobre la legislación aplicable, la cual permita la aplicación del principio en comento".[3]

En esta medida, no desconoce la Sala que si bien existió un tránsito legislativo, en cuanto impuso un requisito adicional de fidelidad, esta fue una medida regresiva en materia de seguridad social, cuya finalidad fue sólo la de hacer más dificultoso el derecho para acceder a la pensión, disposición normativa que por ser contraria a la Carta Política, fue retirada del ordenamiento jurídico por decisión del órgano de Cierre Constitucional.

Significa lo anterior, que para efectos futuros se debe hacer caso omiso de ella, como si no hubiera hecho parte de la legislación laboral y lo que se impone es que los asuntos que ya fueron resueltos con sujeción a dicha norma, en tiempo de su vigencia, permanecen incólumes, situación que no es la que aquí se debate, porque la aspiración prestacional del accionante es actual, vigente y no pretérita, siendo por tanto obligatorio que los derechos que se discutan luego de su declaratoria de inexequibilidad, deben ser resueltos con apego a la normativa en vigencia, porque de lo contrario, se desconocen los derechos fundamentales de quien ha adquirido aquél derecho.

4.8. Respecto del otro de los aspectos que impugnan los accionantes, relacionado con las órdenes impartidas por el Juez constitucional de primer nivel, es preciso significar que las orientaciones jurisprudenciales originadas en el órgano de cierre Constitucional, han decantado que el operador jurídico que dispone el amparo del derecho fundamental, está obligado a adoptar las medidas tendientes a que el

[3] Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-491 de 16 de junio de 2010, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

afectado obtenga el restablecimiento de su derechos, es decir, no basta con que reconocer que está siendo sujeto de afectación, sino que adicionalmente se deben impartir las órdenes que conjuren aquella amenaza.

> *"1. La misión primordial que la Constitución encomienda al juez de tutela es decidir si en cada caso concreto el derecho invocado por el accionante ha sido violado o amenazado y, en caso de que así sea, es su deber tutelarlo y, en consecuencia, tomar las medidas necesarias para que cese la violación o la amenaza. Entonces, se pueden distinguir dos partes constitutivas del fallo: la decisión de amparo, es decir, la determinación de si se concede o no el amparo solicitado mediante la acción de tutela, y la orden específica y necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho amparado. El principio de la cosa juzgada se aplica en términos absolutos a la primera parte del fallo, es decir, a lo decidido. Por lo tanto, la decisión del juez de amparar un derecho es inmutable y obliga al propio juez que la adoptó Como la orden es consecuencia de la decisión de amparo y su función es la de asegurar el goce efectivo del derecho en el contexto fáctico particular de cada caso, los efectos de la cosa juzgada respecto de la orden específica tienen unas características especiales en materia de acción de tutela. Las órdenes pueden ser complementadas para lograr "el cabal cumplimiento" del fallo, dadas las circunstancias del caso concreto y su evolución. Tal fue la determinación del legislador extraordinario, quién definió en el propio estatuto de la acción de tutela (Decreto 2591 de 1991) que el juez no pierde la competencia, y está facultado a tomar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la decisión, es decir, proteger el derecho fundamental afectado.*
>
> *"(…)*
>
> *"3.2. El que se mantenga la competencia del juez de tutela con respecto a los remedios específicos que éste puede adoptar para corregir la situación, se funda en dos razones. En primer lugar, se trata de una regla necesaria para cumplir con el mandato según el cual todas las autoridades estatales deben garantizar el goce efectivo del derecho (artículo 2 C.P.). Por encima de las dificultades prácticas y trabas formales, el juez esta llamado a tomar las medidas que se requieran para que, en realidad, la persona afectada pueda disfrutar de su derecho. Una sentencia de tutela no puede quedar escrita, tiene que materializarse en conductas positivas o negativas a favor de las personas cuyo derecho fue amparado. La segunda razón es que el remedio al que recurre un juez constitucional para salvaguardar un derecho, en ocasiones no supone órdenes simples, ejecutables en un breve término mediante una decisión única del destinatario de la orden, sino órdenes complejas, es decir, mandatos de hacer que generalmente requieren del transcurso de un lapso significativo de tiempo, y dependen de procesos decisorios y acciones administrativas que pueden requerir el concurso de diferentes autoridades y llegar a*

representar un gasto considerable de recursos, todo lo cual suele enmarcarse dentro de una determinada política pública. Este punto se abordará más adelante".

"3.3. Por lo tanto, el juez de tutela no desconoce el orden constitucional vigente al modificar o alterar aspectos accidentales del remedio dispuesto para evitar que se siga violando o amenazando el derecho fundamental de una persona que ha reclamado su protección, siempre y cuando lo haga en aquellos casos en que sea necesario para asegurar el goce efectivo del derecho y dentro de los límites de sus facultades. Es el propio ordenamiento, en el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, el que mantiene en cabeza del juez de tutela la competencia para adoptar las medidas encaminadas a que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza". [4]

Con fundamento en lo anterior, advierte esta Colegiatura que el fallador de primer nivel, no ha desbordado los límites de competencia constitucional, ni frente al decreto de nulidad que adoptó sobre el acto administrativo proferido por la Secretaría de Educación accionada, como tampoco en lo atinente a la Fiduciaria La Previsora S.A.

4.9. Así las cosas y atendida la exposición de motivos precedentes, marcan la pauta para concluir que la **Secretaría de Educación, Deportes, Cultura y Recreación de Dosquebradas y la Fiduciaria La Previsora S.A., Fiduprevisora S.A.**, al no acceder al reconocimiento de aquella pensión de sobreviviente a favor del señor **ÁLVARO EDUARDO BETANCUR QUINTERO**, anteponiendo la exigencia de un requisito que no establece el sistema legal Colombiano, le causa agravio en sus derechos fundamentales, como el de percibir un mínimo vital, la dignidad humana, entre otros, razón para concluir la necesidad de la adopción de las órdenes tendientes a su restablecimiento, por lo que la Colegiatura impartirá ratificación al fallo de primer grado, porque los fundamentos en los que descansa la

[4] Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-086 de 6 de febrero de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa

censura, no fueron suficientes para enervar la orden de amparo tutelar.

A mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, en Sala de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

RESUELVE

1º.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el **Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira**, en cuanto fue materia de impugnación.

2º.- NOTIFICAR la sentencia en los términos del Decreto 2591 de 1991, enviar copia de la decisión al juzgado de instancia con el objeto de que se entere de lo resuelto y **REMITIR** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CONSUELO RINCÓN JARAMILLO
MAGISTRADA

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
MAGISTRADO

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
MAGISTRADO