

Sentencia T-1006/12

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES-  
Improcedencia general

La jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha precisado que la acción de tutela no es el medio de defensa judicial idóneo para resolver los conflictos relacionados con el reconocimiento o la reliquidación de prestaciones sociales. No obstante lo anterior, la Corte ha establecido que, excepcionalmente, es posible que por la vía del amparo constitucional sean analizados los debates que se promuevan frente al reconocimiento de esta clase de derechos. Será necesario entonces que el accionante haya demostrado que en su caso particular, o bien se ha configurado o bien existe la amenaza inminente de que se configure un perjuicio irremediable, como presupuesto necesario para considerar procedente la acción de tutela.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES-  
Improcedencia por la existencia de un medio de defensa judicial idóneo y no estar demostrado un perjuicio irremediable

Referencia: expediente T-3.482.816

Acción de tutela instaurada por Alberto Arturo Rosero en nombre propio y en representación de sus hijos Liliana Alexandra Rosero Sarasty y Jairo Enrique Rosero Sarasty contra la Gobernación de Nariño – Secretaría de Educación y Cultura Departamental, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora S.A.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

En el proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos el 9 de febrero de 2012 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Pasto, y el 15 de marzo de 2012 por la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, en el asunto de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

El 30 de enero de 2012 el señor Alberto Arturo Rosero, mediante apoderado judicial, formuló en nombre propio y en representación de sus menores hijos, Liliana Alexandra Rosero Sarasty y Jairo Enrique Rosero Sarasty, acción de tutela contra la Gobernación de Nariño - Secretaría de Educación y Cultura Departamental, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora S.A., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso administrativo, al derecho de petición, a la vida digna y al mínimo vital, con base en los siguientes,

### 1. Hechos

1. El dos de agosto de 1997, el señor Alberto Arturo Rosero contrajo matrimonio con la señora Rosa Nelly Sarasty Lucero.

1. La señora Sarasty Lucero se desempeñaba como docente municipal, inicialmente en una plaza cofinanciada entre la Alcaldía de Ipiales y el Ministerio de Educación Nacional, en la cual fue nombrada mediante Decreto No. 119 de 1993. Con posterioridad, a través del Decreto 0583 de 2006 proferido por el Gobernador del Departamento de Nariño, fue incorporada sin solución de continuidad a una nueva planta de personal docente con cargo a los recursos del sistema general de participaciones.

1. La señora Sarasty Lucero falleció el 21 de febrero de 2011. Para ese momento había prestado sus servicios docentes de manera ininterrumpida durante más de 17 años.

1. El 27 de mayo de 2011, el señor Rosero, en su condición de cónyuge supérstite y en representación de sus menores hijos Liliana Alexandra y Jairo Enrique, solicitó a la Secretaria de Educación del Departamento de Nariño el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la que se refiere el artículo 7 del Decreto 224 de 1972. Solicitó además el reconocimiento y pago de las prestaciones de seguro por muerte y de cesantía definitiva.

1. El 15 de junio de 2011, mediante la Resolución No. 0722, la Gobernación de Nariño - Secretaría de Educación y Cultura Departamental, negó la solicitud de la pensión bajo el argumento de que no se cumplía con el tiempo de servicio mínimo exigido en las normas aplicables, esto es, 18 años. En contra de esa decisión el accionante interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante Resolución No. 0982 de nueve de septiembre de 2011.

1. De otro lado, las solicitudes de reconocimiento y pago de las prestaciones de seguro por muerte y de cesantía definitiva fueron resueltas de manera favorable a los intereses del accionante mediante Resoluciones No. 1306 y 1344 de 19 y 20 de diciembre de 2011.

En esos actos administrativos se reconoció por concepto de seguro por muerte un valor de \$28.212.756, y por cesantía definitiva la suma de \$19.197.561, de la cual se descontaron \$10.000.000 por un retiro parcial que se había hecho el ocho de agosto de 2008.

1. El 22 de diciembre de 2011, el actor presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría de Pasto, a la que pidió convocar a las entidades accionadas, vía a través de la cual pretendió concertar la revocatoria de las resoluciones mediante las cuales se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que él solicitó. A la fecha en la que se interpuso la acción de tutela, todavía no había tenido lugar la diligencia de conciliación prejudicial.

## La solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos atrás señalados, el señor Rosero solicita la protección de los derechos fundamentales que estima vulnerados.

Específicamente, el demandante pretende que se le ordene a la Gobernación de Nariño - Secretaría de Educación y Cultura Departamental de Nariño, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduprevisora S.A., que reconozcan y paguen la pensión de sobrevivientes, a la que dice tener derecho, a partir del 22 de febrero de 2011, de manera vitalicia y “en cuantía correspondiente al 75% de los factores salariales percibidos por su esposa durante el año anterior a su deceso”<sup>1</sup>. Además, solicita que se ordenen los reajustes establecidos en la Ley 71 de 1988, la actualización respectiva y el pago de los intereses moratorios.

### 1. Argumentos en los que se fundamenta la solicitud

El apoderado del accionante sostiene que la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión que presentó debe ser resuelta bajo las reglas y requisitos previstos en el régimen general de la Ley 100 de 1993 y no con fundamento en la reglamentación especial aplicable a los docentes, puesto que esta última es menos favorable. De ahí que, a su juicio, las accionadas no podían exigir el cumplimiento de lo previsto en el artículo 7 del Decreto 224 de 1972. Como fundamento de ello, cita algunos apartes jurisprudenciales de sentencias que sobre este tema han sido proferidas tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional.

Adicionalmente, y para justificar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de solución de esta controversia, el apoderado alega que la señora Sarasty Lucero era la encargada de los gastos del hogar y que a raíz de su fallecimiento, el señor Rosero, quien se dedica a las actividades agrícolas, ha tenido que asumir el papel de padre cabeza de familia a pesar de que se encuentra desempleado.

Esta situación, aduce, se ha visto agravada por el hecho de que las cosechas en las que el

actor había invertido unos recursos provenientes de unos créditos finalmente se perdieron por efectos de la variación del clima, por lo que esas obligaciones están hoy en día en mora de ser canceladas.

En este escenario, considera que si bien existe la vía del proceso contencioso administrativo ante el Consejo de Estado, éste “duraría como mínimo 2 años, eso sin contar la segunda instancia por si alguno de los sujetos procesales decide apelar, tiempo durante el cual mi mandante y sus hijos menores seguirían como vienen después de la muerte de su esposa y madre respectivamente: desamparados”<sup>2</sup>.

Finalmente, manifiesta que a pesar de que, en efecto, al accionante le fueron reconocidas las prestaciones de seguro por muerte y de cesantías definitivas, a la fecha de interposición de la tutela las entidades demandadas no habían efectuado el pago, trámite que, según su conocimiento, puede tomar aproximadamente tres meses más.

## 1. Intervención de los demandados

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Pasto avocó el conocimiento de la presente acción de tutela, y notificó de su admisión a la Gobernación de Nariño – Secretaría de Educación y Cultura Departamental, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduprevisora S.A.

### 4.1. Secretaría de Educación y Cultura de Nariño

La Gobernación de Nariño – Secretaría de Educación y Cultura Departamental, dio respuesta a la presente acción y solicitó que sean denegadas las peticiones formuladas por el accionante.

Para empezar, sostiene que la solicitud de pensión de sobrevivientes que formuló el actor debe analizarse bajo las normas del régimen especial docente previstas en las Leyes 12 de 1975, 33 de 1985 y 71 de 1988, y en los Decretos 224 de 1972 y 1160 de 1989.

Así, y luego de efectuar un recuento del trámite que deben seguir este tipo de solicitudes, sostiene que en el presente caso no se cumple el requisito de tiempo de servicio exigido en el artículo 7 del Decreto 224 de 19723 para el reconocimiento de la pensión, puesto que la cónyuge del accionante había laborado durante menos de 18 años.

Manifiesta, además, que la controversia aquí planteada se relaciona con un tema prestacional y que la acción de tutela no es el mecanismo procedente para efectos de definir este tipo de debates.

Finalmente, y en cuanto al estado del trámite de pago de las prestaciones de seguro por muerte y de cesantía definitiva, afirma que después de haberse proferido los actos administrativos mediante los cuales se reconocieron dichas prestaciones, el apoderado del actor solicitó la aclaración y corrección de los mismos por existir algunos errores en los números de identificación de los beneficiarios. Dicha solicitud fue resuelta mediante Resolución No. 0156 de dos de febrero de 2012, la cual está en vía de ser notificada a fin de poder remitir a la Fiduprevisora S.A. la orden de pago correspondiente.

#### 4.2. Fiduciaria La Previsora S.A.

La Fiduciaria La Previsora S.A. fue notificada de la admisión de esta acción mediante oficio No. J6AC-12-00102 de 31 de enero de 2012. Por fuera del término previsto por el juzgado, la Fiduciaria se refirió a la demanda con la que se originó este proceso.

En su intervención, indica que quienes tienen a su cargo dar respuesta de fondo a las solicitudes de reconocimiento y pago de este tipo de prestaciones son las secretarías de educación. En este caso, sería entonces la Secretaría de Educación de Nariño la llamada a adoptar las medidas del caso.

Además, manifiesta que en la fiduciaria no figura registro alguno de la solicitud que afirma haber impetrado el actor, y que, en todo caso, la acción de tutela no es el mecanismo procedente para solicitar el reconocimiento de prestaciones sociales.

#### 4.3. Intervención del Ministerio de Educación Nacional

El Oficio No. J6AC - 12-00101 de 31 de enero de 2012, mediante el cual el juzgado de primera instancia notificó de la interposición de la acción de tutela al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, fue remitido al Ministerio de Educación Nacional.

Esa entidad indicó que no es ella la competente para conocer de los temas que están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual procedió a dar aviso de esta acción a la Fiduprevisora S.A. en su condición de administradora del Fondo.

No obstante, el Ministerio también hace algunas consideraciones frente a la solicitud de tutela, fundamentalmente para sostener que en este caso no se vislumbra violación alguna del derecho de petición, ni de ningún otro derecho fundamental del actor.

#### 1. Pruebas relevantes aportadas al proceso

a. Copia de los registros civiles de nacimiento de la señora Rosa Nelly Sarasty Lucero, del señor Alberto Arturo Rosero y de los menores Liliana Alexandra Rosero Sarasty y Jairo Enrique Rosero Sarasty.4

b. Copia del registro civil de matrimonio en donde consta la unión del accionante con la señora Sarasty Lucero.5

c. Copia del registro civil de defunción de la señora Rosa Nelly Sarasty Lucero.6

d. Copia de los Decretos Nos. 119 de 1993, expedido por la Alcaldía Municipal de Ipiales, y 0583 de 2006, expedido por la Gobernación de Nariño.7

e. Copia de la Resolución No. 0842 de 11 de marzo de 2011, mediante la cual la Secretaría de Educación Departamental de Nariño dispuso el retiro del servicio de la señora Sarasty Lucero por causa de su fallecimiento.8

f. Fotocopia de las resoluciones No. 0722 de 15 de junio de 2011 y 0982 de nueve de septiembre del mismo año, mediante las cuales se resolvió la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes presentada por el accionante.9

g. Certificación expedida por el Banco AV Villas en la que consta que el señor Rosero adquirió una obligación crediticia el 12 de junio de 2007, obligación que presenta un saldo en mora por valor de \$7.097.460.10

h. Certificación expedida por el Banco AV Villas en las que consta que el accionante tiene un producto denominada "Dinero Extra" que presenta un saldo en mora de \$4.940.282.11

i. Copia de la solicitud de conciliación que, mediante apoderado judicial, formuló el señor Rosero para que fueran convocadas las entidades aquí accionadas.12

j. Fotocopia de la Resolución No. 1306 de 19 de diciembre de 2011, mediante la cual se resolvió la solicitud de reconocimiento y pago del seguro por muerte a favor del accionante y de sus menores hijos.13

k. Fotocopia de la Resolución No. 1344 de 20 de diciembre de 2011, mediante la cual se resolvió la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva por el fallecimiento de docente presentada por el accionante.14

l. Copia de la sentencia de nueve de diciembre de 2011 mediante la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Juan Pasto tuteló el derecho fundamental de petición del accionante y le ordenó a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que procedieran a resolver las solicitudes de reconocimiento y pago de las prestaciones de seguro por muerte y de cesantía definitiva.15

m. Copia de las cédulas de ciudadanía de la señora Rosa Nelly Sarasty Lucero y del señor Alberto Arturo Rosero, y de las tarjetas de identidad de sus dos menores hijos.16

n. Fotocopia del certificado de historia laboral y del certificado de salarios de la señora Sarasty Lucero.17

o. Copia (incompleta) de la declaración extrajuicio que rindió el señor Alberto Arturo Rosero ante la Notaría Primera del Círculo de Ipiales el dos de marzo de 2011, y que consta en el expediente administrativo del trámite de la solicitud de pensión de sobrevivientes.18

p. Copia de las certificaciones expedidas por la Institución Educativa Normal Superior Pio XII de Pupiales, Nariño, en la que se hace constar que los menores Liliana Alexandra Rosero Sarasty y Jairo Enrique Rosero Sarasty cursan estudios en esa institución oficial, con una intensidad de seis horas diarias.19

## II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

### 1. Sentencia de primera instancia

Mediante providencia de nueve de febrero de 2012, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Pasto decidió conceder el amparo solicitado.

A juicio del a quo, en este caso la acción de tutela sí resulta procedente para resolver el conflicto planteado, toda vez que están de por medio los derechos de dos menores de edad y por cuanto, de acuerdo con la manifestación del accionante, ni él ni sus hijos cuentan en este momento con algún ingreso adicional.

Luego de hacer un recuento de algunas providencias relacionadas con los derechos fundamentales cuya violación alega el actor y de incluir una extensa cita de la sentencia C-480 de 1998 —en la cual la Corte se declaró “INHIBIDA para pronunciarse de mérito en relación con el artículo 7 parcial, del Decreto ley 224 de 1972, por encontrarse derogada la disposición jurídica demandada”—, el juez afirma que el régimen especial previsto para los docentes solo puede ser aplicado en la medida en que éste resulte más favorable para los intereses del grupo familiar de la persona fallecida.

En este caso estima que las previsiones del régimen general de la Ley 100 de 1993 son en realidad las más favorables, de manera que deben ser éstas las que sean aplicadas. Bajo esta premisa, considera entonces que sí se cumplen los requisitos para efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes a favor del actor y de sus menores hijos.

En consecuencia, resuelve ordenar al Departamento de Nariño – Secretaría Departamental de Educación, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduprevisora S.A. que en el término de 48 horas y de conformidad con sus competencias “expidan el acto administrativo que reconozca y pague la pensión de Sobrevivientes”<sup>20</sup> solicitada.

### 1. Impugnación

Dentro del término previsto para el efecto, la Gobernación de Nariño – Secretaría de Educación y Cultura, la Fiduciaria La Previsora S.A. y el accionante, impugnaron el fallo de tutela proferido en primera instancia.

2.1. En el escrito de impugnación, la Gobernación solicita que se tenga en cuenta el hecho de que en el trámite de expedición de un acto administrativo de reconocimiento de prestaciones docentes participan varias entidades: por un lado, la secretaría de educación respectiva que es la que elabora el proyecto de resolución correspondiente, y, por el otro, la Fiduprevisora S.A., que es quien debe aprobar las resoluciones en las que se pretenden reconocer derechos pensionales.

En ese sentido, estima que la Secretaría no puede proceder a expedir por sí y ante sí la resolución de reconocimiento, tal y como lo ordenó el despacho, sino que lo que ella podría hacer es adelantar el trámite ante la Fiduprevisora para esos efectos. En consecuencia, solicita que se disponga modificar el fallo proferido teniendo en cuenta la circunstancia anotada.

2.2. Por su parte, en el escrito de impugnación la Fiduprevisora S.A. se limitó a reiterar los argumentos que había formulado al momento de dar respuesta a la demanda de tutela.

2.3. Finalmente, el apoderado del accionante impugna a fin de que el ad quem se pronuncie sobre la solicitud de pago retroactivo que se formuló en la acción de tutela.

## 1. Sentencia de segunda instancia

Mediante providencia del 15 de marzo de 2012, la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño revocó el fallo impugnado y, en su lugar, denegó el amparo solicitado.

Para el juez, en este caso se está frente a un conflicto de carácter fundamentalmente prestacional, en el que la titularidad del derecho no está definida sino que es litigiosa. Esto indica que la vía a través de la cual debe resolverse es la de la jurisdicción ordinaria.

Adicionalmente, para el ad quem, en el expediente no se encuentra probado que se esté

frente a la inminente configuración de un perjuicio irremediable. Lo que sí encuentra claramente demostrado es que el accionante no padece ninguna discapacidad que le impida trabajar y que todavía se encuentra en una edad productiva. En este escenario, las deudas que voluntariamente hubiere asumido en su momento y el hecho de que ahora tenga la condición de padre cabeza de familia no permiten concluir per se que este asunto tiene relevancia constitucional.

Por último, el Tribunal considera que tampoco se cumplió con el requisito de inmediatez, puesto que la acción de tutela solo se interpuso siete meses después de que se profirió el acto administrativo que negó la pensión solicitada.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección número Ocho, mediante auto de nueve de agosto de 2012, dispuso su revisión por la Sala Tercera de la Corte Constitucional.

#### 1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos proferidos en el trámite de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

#### 1. Problema jurídico

De acuerdo con lo descrito en el acápite de antecedentes, corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales del señor Alberto Arturo Rosero y de sus menores hijos, al negar el reconocimiento de la pensión

de sobrevivientes solicitada, bajo la consideración de que no se encuentran cumplidos los requisitos exigidos en el régimen especial docente para esos efectos.

Con tal propósito la Sala abordará el tema del carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de prestaciones sociales, para luego analizar la procedencia de este mecanismo de defensa constitucional en el caso concreto.

1. Improcedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de prestaciones sociales. Reiteración de jurisprudencia.

La acción de tutela fue consagrada en el artículo 86 de la Constitución de 1991 como un medio preferente y sumario de defensa judicial, cuyo objetivo primigenio y principal es la protección de los derechos fundamentales “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública” o por la de los particulares en los casos previstos en la ley.

En la Carta se le reconoció, además, un carácter subsidiario y residual, de manera que ella solo procede cuando el afectado no tiene a su alcance otro medio de defensa judicial, o cuando, existiendo ese otro medio, éste resulta ineficaz frente al caso concreto o la tutela se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Bajo tales premisas, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha precisado que la acción de tutela no es el medio de defensa judicial idóneo para resolver los conflictos relacionados con el reconocimiento o la reliquidación de prestaciones sociales.<sup>21</sup>

En efecto, el ordenamiento jurídico le ha asignado la competencia prevalente para resolver este tipo de controversias —en donde se encuentran comprometidos derechos litigiosos de naturaleza legal—, a la jurisdicción laboral o a la contenciosa administrativa, según el caso. Y en este escenario, al existir otro medio de defensa judicial idóneo, la acción de tutela deviene entonces improcedente.

No obstante lo anterior, la Corte ha establecido que, excepcionalmente, es posible que por la vía del amparo constitucional sean analizados los debates que se promuevan frente al reconocimiento de esta clase de derechos.

En particular, la jurisprudencia se ha referido a aquellos casos en los cuales el medio judicial que se ha definido como prevalente para la determinación de la controversia es ineficaz, de manera que no permite brindar una protección inmediata frente a la vulneración de los derechos involucrados, y a aquellos otros en los que la acción se ejerce como mecanismo transitorio, casos en los que será necesario demostrar la existencia o la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable. Así ha delimitado estos supuestos la Corte:

“(i) Cuando no existe otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, el mismo no resulta idóneo para resolver el caso concreto, eventos en los que la tutela procede como mecanismo principal de defensa ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía. Y (ii) cuando ésta se promueve como mecanismo transitorio, debiendo acreditar el demandante que el amparo constitucional es necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, sólo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado.”<sup>22</sup>

Además, dentro de los requisitos previstos para la procedencia de la acción la jurisprudencia ha entendido que también es necesario que exista certeza respecto del derecho reclamado, esto es, que no exista una controversia jurídica en relación con la aplicación de la normatividad correspondiente y/o con el cumplimiento de los requisitos legales para acceder al derecho.<sup>23</sup>

Ahora bien, en cuanto a las notas características que debe revestir el perjuicio a fin de considerar que su carácter es irremediable, la Corte Constitucional ha indicado:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y

eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”<sup>24</sup>

La inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad del perjuicio deben ser analizadas y valoradas teniendo en consideración las circunstancias particulares de cada caso, para lo cual la jurisprudencia ha reconocido, además, que el accionante tiene la carga de demostrar y sustentar que en su situación particular se dan los elementos del perjuicio irremediable, sin que, por supuesto, sea suficiente la simple afirmación de su acaecimiento hipotético:

“La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en un distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado ‘explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión’<sup>26</sup>.”<sup>27</sup>

De manera que será necesario entonces que el accionante haya demostrado que en su caso particular, o bien se ha configurado o bien existe la amenaza inminente de que se configure un perjuicio irremediable, como presupuesto necesario para considerar procedente la acción de tutela.

Con fundamento en las reglas jurisprudenciales atrás descritas, pasa la Sala a analizar la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto.

## 1. El caso concreto

A través de apoderado judicial, el señor Alberto Arturo Rosero, en nombre propio y en el de sus menores hijos, interpone la presente acción de tutela contra la Gobernación de Nariño – Secretaría de Educación y Cultura Departamental, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora S.A., por considerar que esas entidades han vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso administrativo, al derecho de

petición, a la vida digna y al mínimo vital.

Según aduce, esa vulneración devino como consecuencia de la negativa de dichas entidades a reconocer la pensión de sobrevivientes que solicitó, negativa que se fundó en la consideración de que no estaban cumplidos los requisitos previstos para el efecto en el régimen especial docente, específicamente, en el artículo 7 del Decreto 224 de 1972.

A su juicio, la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión que formuló debía ser resuelta bajo las reglas y requisitos previstos en el régimen general de la Ley 100 de 1993 y no con fundamento en la reglamentación especial aplicable a los docentes, puesto que esta última es menos favorable. De ahí que, a su juicio, las accionadas no podían exigir el cumplimiento de lo previsto en el artículo 7 del Decreto 224 de 1972.

Por su parte, la Gobernación de Nariño – Secretaría de Educación y Cultura, se reafirma en la consideración de que esta solicitud debe analizarse bajo las normas del régimen especial docente previstas en las leyes 12 de 1975, 33 de 1985 y 71 de 1988, y en los decretos 224 de 1972 y 1160 de 1989, y en el hecho de que, a la luz de esas disposiciones, en este caso no se cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Como se advierte, en el presente caso se está frente a una controversia jurídica en relación con la aplicación de la normatividad que debe regir la solicitud pensional del actor, y, como consecuencia de ello, con el cumplimiento de los requisitos legales para acceder al derecho, controversia que está llamada a ser solucionada en el escenario del proceso contencioso administrativo que corresponda.

En efecto, el accionante tiene a su alcance otro mecanismo de defensa judicial —la acción de nulidad y restablecimiento del derecho— que, en principio, resulta idóneo para lograr la satisfacción de sus pretensiones y la protección de los derechos que estima vulnerados.

En este sentido, y frente a la existencia de un medio de defensa judicial idóneo, la procedencia de esta acción de tutela está supeditada al hecho de que, en efecto, se esté frente a la inminente configuración de un perjuicio de carácter irremediable que exija la

intervención inmediata del juez constitucional, circunstancia que debe encontrarse debidamente acreditada y demostrada.

En este caso, sobre ese particular, el actor ha indicado que su esposa era quien asumía los gastos del hogar y que a partir de su fallecimiento tanto él como sus hijos quedaron “desamparados”<sup>28</sup>. Manifestó además que está desempleado y que se encuentra agobiado por algunas obligaciones crediticias que asumió y que están en mora de ser pagadas, situación que le impide esperar a que este asunto sea definido en el escenario contencioso administrativo.

Pues bien, revisados los elementos probatorios que obran en el expediente, esta Sala no encuentra que estén acreditados ni demostrados los elementos necesarios para considerar que efectivamente se está frente a la configuración de un perjuicio de carácter irremediable que haga procedente la acción de tutela.

En efecto, el accionante es una persona de 44 años de edad<sup>29</sup>, que no sufre ningún tipo de discapacidad o de enfermedad. Y si bien afirma que en este momento está desempleado, sus condiciones personales permiten concluir que está en capacidad para desempeñar una labor u oficio que genere los ingresos necesarios para hacerse cargo de las obligaciones que le corresponden.

Además, salvo la manifestación del accionante en el sentido de que su esposa era la que tenía a cargo todos los gastos del hogar, no existe tampoco prueba de la afectación del mínimo vital del actor o de su núcleo familiar.

De lo que sí hay prueba en el expediente es de que a ellos les fueron reconocidas dos prestaciones —el seguro por muerte y las cesantías definitivas— por las que recibieron o recibirán en el futuro inmediato una suma equivalente a 37 millones de pesos.

Todo lo anterior desvirtúa los requisitos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad que justificarían la procedencia excepcional de la acción de tutela, por lo que nada obsta para que el accionante acuda a los mecanismos de defensa judicial ordinarios y haga valer en ese escenario los derechos que estima conculcados.

Por lo demás, la Sala debe precisar que la razón por la cual en este caso no es dable aplicar en sede de tutela el precedente contenido en la sentencia T-167 de 2011, al que se hizo referencia en el escrito de la demanda, es que mientras en ese caso sí se encontraron demostrados los elementos del perjuicio irremediable y, por tanto, resultaba procedente la acción de tutela<sup>30</sup>, en el presente asunto ellos no fueron acreditados.

En consecuencia, la Sala procederá a confirmar la sentencia proferida por la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, por existir otro medio de defensa judicial idóneo y no evidenciarse la presencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela.

#### IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente sentencia, el fallo proferido por la Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño el 15 de marzo de 2012, mediante el cual se declaró la improcedencia de la solicitud de amparo formulada por el señor Alberto Arturo Rosero en nombre propio y en el de sus menores hijos Liliana Alexandra Rosero Sarasty y Jairo Enrique Rosero Sarasty, contra la Gobernación de Nariño – Secretaría de Educación y Cultura Departamental, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora S.A.

Segundo.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-1006/12

Referencia: expediente T-3482816

Acción de tutela instaurada por Alberto Rosero en nombre propio y en representación de sus hijos Liliana Rosero y Jairo Rosero contra La Gobernación de Nariño, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora S.A.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Aun cuando comparto la decisión de la mayoría respecto de lo resuelto, me permito aclarar mi voto en relación con la consideración sobre la inaplicabilidad en este caso, de lo que en su momento se decidiera en la Sentencia T-167 de 2011, a la cual se alude en la parte motiva del fallo.

Estimó la Sala, entre otros motivos, que no aparece demostrado el perjuicio irremediable en el caso concreto y con tal presupuesto no procede conceder el amparo solicitado. Se argumentó que el solicitante no es una persona discapacitada y, a pesar de su condición de desempleado, está en condiciones de laborar. Igualmente, se consideró que al accionante y sus hijos como causahabientes de la señora Rosa Sarasty Lucero, se les reconoció una suma

equivalente a 37 millones de pesos por concepto de seguro de muerte y cesantías definitivas.

Si se revisa el caso objeto de pronunciamiento en la sentencia T-167 de 2011, se observa que se trataba de una mujer cabeza de familia con dos hijos mayores de edad, los cuales por su condición de estudiantes seguían a su cargo. En el caso del señor Rosero, igualmente se advierte que tiene dos hijos a su cargo, los cuales son menores de edad. También, se advierte en ambos asuntos, que hubo reconocimiento del seguro de muerte y las cesantías definitivas. Lo que marca, en mi sentir, una diferencia fáctica significativa es que en la situación estudiada en la Sentencia T-167 de 2011, las sumas reconocidas no lograban ser desembolsadas efectivamente por razones de orden judicial y administrativo. En el caso del señor Rosero y sus menores hijos, no se advierte obstáculo que impida materializar el pago efectivo de las sumas reconocidas.

La viabilidad para el logro del dinero reconocido, se constituye en hecho determinante para descartar el presunto perjuicio irremediable y desestimar la aplicación de la regla contenida en la sentencia T-167 de 2011.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 Cuaderno 1, folio 5.

2 Cuaderno 1, folio 3.

3 “ARTÍCULO 7. En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo

menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años.”

5 Cuaderno 1, folio 13.

6 Cuaderno 1, folio 16.

7 Cuaderno 1, folios 17 y siguientes.

8 Cuaderno 1, folio 29.

9 Cuaderno 1, folios 31 y siguientes.

10 Cuaderno 1, folio 36.

11 Cuaderno 1, folio 37.

12 Cuaderno 1, folios 38 y siguientes.

13 Cuaderno 1, folios 46 y siguientes.

14 Cuaderno 1, folios 48 y siguientes.

15 Cuaderno 1, folios 51 y siguientes.

16 Cuaderno 1, folios 95, 104, 106 y 107.

17 Cuaderno 1, folio 98 y siguientes.

18 Cuaderno 1, folio 115 y siguientes.

19 Cuaderno 1, folios 118 y 119.

20 Cuaderno 1, folio 142.

21 Sobre este particular pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias T- 634 de 2002, T-1309 de 2005, T-594 de 2007, T-1088 de 2007 y T-762 de 2008.

22 Sentencia T-083 de 2004.

23 A este asunto se refirió la Corte en sentencia T-878 de 2006.

24 Sentencia T-1316 de 2001.

25 Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-995 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-1155 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-290 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

26 Sentencia T-290 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

27 Sentencia T-436 de 2007.

28 Cuaderno 1, folio 3.

30 Entre otras circunstancias, cabe destacar que en ese caso a la accionante no se le había reconocido ninguna de las prestaciones que solicitó luego del fallecimiento de su esposo. En particular, el seguro por muerte y las cesantías definitivas habían sido negadas por presentar un “embargo en base de prestaciones”.