

T-533-16

Sentencia T-533/16

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Improcedencia de reconocimiento por no existir perjuicio irremediable

Referencia: Expediente T-5.617.795

Acción de tutela instaurada por Leonor Cardona Cardona contra la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-.

Procedencia: Tribunal Superior de Buga, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes.

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia proferido el 2 de marzo de 2016 por la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Buga, que confirmó la decisión del 26 de enero de 2016 adoptada por el Juzgado de Menores de Cartago (Valle del Cauca), en la que se declaró improcedente la presente acción constitucional.

El asunto llegó a esta Corporación por remisión que hizo el juez de segunda instancia, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 86 de la Constitución y del inciso 2° del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. Fue escogido para revisión por la Sala de Selección N°7, mediante auto del 14 de julio de 2016.

I. ANTECEDENTES

Leonor Cardona Cardona promovió acción de tutela contra la Administradora Colombiana de

Pensiones -COLPENSIONES-, al considerar que esa entidad comprometió sus derechos a la vida, a la salud y al mínimo vital al negarle el reconocimiento de la sustitución pensional respecto de la sustitución pensional de la que, en vida, gozaba su esposo fallecido, sin tener en cuenta (i) que es jurídicamente admisible la figura de la convivencia simultánea de una persona con otras dos y (ii) que ella es un sujeto de especial protección constitucional.

A. Hechos y pretensiones

Leonor Cardona Cardona es una persona de 56 años de edad[1]. Fue diagnosticada con cáncer de cuello uterino con la descripción clínica “carcinoma escamocelular infiltrante con compromiso capilar linfático que se encuentra en manejo con oncología y quimioterapia y radioterapia”[2]. Ella aseguró en su escrito de tutela que, además, padece artrosis degenerativa[3].

El Instituto de los Seguros Sociales le reconoció pensión de invalidez a su esposo, Marcelino Ossa Hurtado, mediante la Resolución N°5531 del 1° de enero de 2007. Posteriormente y como quiera que el señor Ossa estuvo casado con Nydia del Socorro Arbeláez y ésta última falleció el 19 de febrero de 2010, la misma entidad le reconoció a él una pensión de sobreviviente en septiembre de ese mismo año.

La accionante aseveró que Marcelino Ossa Hurtado vivió con ella, mientras hacía vida marital con Nydia Arbeláez. Afirmó que su convivencia empezó en julio de 1995 y terminó el 7 de julio de 2013, cuando contrajo matrimonio con el causante[4]. Afirmó que convivió con Marcelino Ossa Hurtado por 19 años y lo acompañó hasta el día de su muerte, esto es hasta el 10 de julio de 2014[5], primero en calidad de compañera permanente y desde el 7 de julio de 2013 como su esposa. Señaló que hubo convivencia simultánea entre ambas parejas.

El 9 de diciembre de 2014, a través de apoderado judicial, la accionante solicitó a COLPENSIONES la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de Marcelino Ossa Hurtado, porque considera que el tiempo que convivió con él le da derecho a acceder a esa prestación[6]. Para soportar la relación con él aportó únicamente el Registro Civil de Matrimonio[7].

Mediante la Resolución GNR172544 del 11 de junio de 2015[8], COLPENSIONES, le negó el

reconocimiento de la pensión de sobreviviente dado que solo acreditó el tiempo en que convivió con el causante como esposa. La accionante reprochó a esa entidad que únicamente le haya reconocido la convivencia durante uno de los 19 años de relación y desconocido el tiempo en que ella y el señor Ossa fueron compañeros permanentes.

En desacuerdo con esa determinación, la actora formuló recurso de reposición y, en subsidio, de apelación[9]. Esta vez anexó a su escrito de impugnación dos declaraciones extra proceso con el fin de acreditar los 19 años de convivencia[10].

El recurso de reposición fue resuelto por COLPENSIONES en la Resolución GNR274235 del 7 de septiembre de 2015[11]. En ella confirmó su decisión negativa, al encontrar que es imposible que la interesada acredite la convivencia necesaria para acceder al beneficio de la sustitución pensional, por las siguientes razones:

- (i) El causante era beneficiario de una sustitución pensional desde septiembre de 2010.
- (ii) Dicha sustitución se logró porque Marcelino Ossa Hurtado probó que a) él convivió con Nydia del Socorro Arbeláez durante los 5 años anteriores al día en que esta última falleció, es decir entre el 19 de febrero de 2005 y el 19 de febrero de 2010; y b) él dependía económicamente de ella, pues era su beneficiario en el Sistema de Seguridad Social en Salud.
- (iii) Desde la muerte de la señora Arbeláez hasta el momento en que murió el señor Ossa no hay 5 años, por lo que la convivencia que pretende acreditar la accionante en todo caso será inferior y no satisface los requisitos legales.

La entidad demandada resolvió el recurso de apelación a través de la Resolución VPB76616 del 30 de diciembre de 2015[12], en la que confirmó nuevamente su decisión. En esa oportunidad también adujo que la convivencia de Marcelino Ossa Hurtado con la señora Nydia Arbeláez descartaba la convivencia de aquel con la accionante.

Para la actora, los funcionarios de la entidad accionada aplicaron normas derogadas (no especificó cuáles), desconocieron las pruebas aportadas y los avances tanto legislativos como jurisprudenciales. Hizo énfasis en que COLPENSIONES olvidó el hecho de que muchos

hombres en Colombia conviven simultáneamente con su esposa y con una compañera permanente, a pesar de que ha sido reconocido en sentencias de la Corte Constitucional como la C-1035 de 2008, la T-301 de 2010 y la T-018 de 2014 que versan sobre el tema y por el Legislador en la Ley 1204 de 2008[13].

Destacó que la Ley 1204 de 2008 reconoció iguales derechos de sustitución a la esposa y a la compañera permanente que hubiesen convivido simultáneamente con el pensionado. En vista de que en este caso la primera esposa de Marcelino Ossa Hurtado murió, según la interesada, a ella le corresponde toda la mesada pensional.

El 12 de enero de 2016, acudió al juez constitucional con el fin de que ordene a la accionada el reconocimiento de la sustitución pensional a la que cree tener derecho. Subsidiariamente solicitó que se conceda esa misma prestación en forma transitoria, entretanto el juez laboral decida el asunto.

Asegura que actualmente vive una situación precaria porque dependía económicamente de su esposo y ahora no cuenta con recursos para subsistir[14]. Estima que debe ser reconocida como sujeto de especial protección constitucional (i) por su edad, pues en 4 años será de la tercera edad, y (ii) por su estado de salud, si se tiene en cuenta que el 25 de noviembre de 2015 se fracturó la muñeca, padece artrosis degenerativa y el día 30 del mismo mes y año se le diagnosticó cáncer de cuello uterino.

Relató que 10 meses antes de interponer la tutela, en un acto de “misericordia” y “caridad”[15], fue empleada por el señor José Marco Soto ante su penosa situación y que él la tiene afiliada al sistema de salud. Sin embargo, por su condición no se considera laboralmente productiva e incluso el día de la presentación de esta acción estaba incapacitada. Por lo tanto sostiene que sus derechos se encuentran en riesgo.

B. Actuaciones de instancia

Repartida la acción de tutela al Juzgado de Menores de Cartago (Valle del Cauca), fue admitida y se corrió traslado de ella a la accionada mediante auto del 13 de enero de 2016.

C. Respuesta de la accionada

COLPENSIONES sostuvo en su defensa que la acción de tutela es improcedente si se tiene en cuenta que la solicitud pensional de la accionante fue resuelta y ante la persistencia de su inconformidad debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, para que sea el juez natural quien resuelva la controversia planteada.

D. Sentencia de Primera Instancia

Según el juez, la accionante dispone de otros medios judiciales para la defensa de los derechos que estima comprometidos. Si bien afirma que tiene cáncer no existe un diagnóstico consolidado y no hay concepto desfavorable al respecto. Además, la actora afirma tener un vínculo laboral vigente por lo que no puede predicar estar desamparada, máxime cuando ha logrado mantenerse por sí misma durante año y medio, desde que murió su esposo. Consideró además, pero en la misma línea, que es la jurisdicción laboral ordinaria la que debe establecer si hubo o no convivencia simultánea en este caso, pues en el trámite constitucional se recaudó información contradictoria sobre ese aspecto.

Aclaró finalmente que el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008 no es aplicable a este caso, dado que no hay ninguna otra reclamación de pensión de sobreviviente por la muerte de Marcelino Ossa Hurtado y, así, no existe una controversia entre dos solicitantes de la sustitución pensional.

E. Impugnación

La accionante, en desacuerdo con la decisión de primera instancia, resolvió impugnarla. Aseguró que la mesada pensional que persigue es indispensable para cubrir sus necesidades básicas y sobrellevar sus enfermedades, para lo que precisa llevar una dieta adecuada. También hizo énfasis en que su vínculo laboral se mantiene por caridad y que no es una persona productiva para su empleador, por lo que se encuentra en riesgo.

F. Sentencia de Segunda Instancia

El 2 de marzo de 2016, la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Buga resolvió confirmar la decisión de primera instancia. Encontró que la acción es improcedente por no satisfacer el requisito de subsidiaridad, pues el juez que debe resolver las inconsistencias en los hechos que sustentan esta acción, es el ordinario laboral.

Consideró que el debate es meramente legal y que la actora no probó la existencia de un perjuicio irremediable.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. En virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política de 1991, como en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para decidir el presente asunto.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2. Para efectos de discernir el asunto central de esta acción de tutela, es importante recordar que la accionante asegura que le asiste el derecho a la sustitución pensional por la muerte de su esposo, quien percibía mensualmente una mesada pensional porque, a su vez, en septiembre de 2010 fue reconocido como beneficiario de la pensión de sobreviviente por la muerte de Nydia Arbeláez, su primera esposa. El cónyuge de la accionante convivió en forma simultánea con ambas mujeres.

La accionante acudió al juez constitucional porque considera que es un sujeto de especial protección constitucional en la medida en que, entre otras, fue diagnosticada con cáncer. Sin embargo al momento de la interposición de esta acción de tutela tenía un vínculo laboral vigente y estaba afiliada a seguridad social en salud. Por ese motivo los jueces de ambas instancias consideraron que la acción era improcedente.

La actora pretende que mediante acción de tutela se le reconozca la sustitución pensional sobre la pensión en la que su esposo sustituyó, a su vez, a la señora Nydia del Socorro Arbeláez, bien sea definitiva o transitoriamente, con el fin de asegurar su mínimo vital y sus derechos a la vida y a la salud.

3. La Sala considera que debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿la calidad de sujeto de especial protección constitucional que tiene la accionante por su diagnóstico médico implica, necesariamente, que la acción de tutela sea procedente para proteger sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida y a la salud, aunque ella actualmente esté empleada, cotice al sistema de seguridad social en salud y reciba tratamiento por

parte de su EPS, o debe acudir a la vía ordinaria laboral para dirimir el asunto que plantea?

Para resolver este problema jurídico en el caso concreto, resulta indispensable aludir en esta sentencia a (i) la naturaleza de la acción de tutela, (ii) al requisito de subsidiaridad desde una perspectiva general y también en casos en los que se pretende el reconocimiento de un derecho pensional. Por último se abordará (iii) el deber de flexibilización de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, con énfasis en el subsidiaridad, en los casos en que el reclamo constitucional es interpuesto por un sujeto de especial protección constitucional.

Naturaleza de la acción de tutela.

4. La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional[16], orientado a la defensa judicial de los derechos fundamentales, que resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública e incluso, en algunos eventos específicos, de los particulares.

Su utilización es excepcional y su interposición solo es jurídicamente viable cuando, examinado todo el sistema de acciones judiciales para la protección de los derechos fundamentales, no se encuentre un medio ordinario eficaz para su protección y por tanto, no haya mecanismo judicial que brinde un amparo oportuno y evite una afectación importante e irreversible de las garantías constitucionales.

Un medio de defensa eficaz debe tener la vocación para concurrir a la protección oportuna y efectiva de los bienes jurídicos comprometidos, sobre los cuales debe verificarse una amenaza grave e inminente, que amerite la intervención urgente del juez de tutela en aras de su protección.

Cabe recordar que es en virtud de dicha inminencia y del nivel de riesgo que representa para los derechos fundamentales, que se prevé para el trámite de la acción de tutela, un proceso sumario y preferente que permita cumplir los objetivos formulados por el constituyente primario. La inminencia y la intensidad de la amenaza sobre los derechos fundamentales le dan sentido a la acción de tutela y son la base de todas sus particularidades y potencialidades entre las que se encuentra la impostergabilidad, que la

distingue de los demás medios de defensa judicial.

Una situación en la que no se registre la urgencia de la intervención judicial referida ha de ventilarse a través de los medios ordinarios de protección, sin que puedan ser desplazados por la acción de tutela, ni el juez natural sustituido por el constitucional.

En este punto cabe recordar que, todo el sistema jurídico como derivación de los mandatos constitucionales, está consolidado para desarrollar o proteger los derechos de las personas en Colombia, incluso los de carácter ius fundamental. La tutela no es el único medio que puede emplearse para reivindicar los derechos fundamentales, pues todo el orden jurídico coadyuva a ese propósito; lo que la distingue de las vías ordinarias de acción judicial, entonces es la existencia de una amenaza contundente de los derechos fundamentales que está a punto de ocurrir, al punto en que debe recurrirse al mecanismo de protección más ágil[17].

Carácter residual de la acción de tutela.

5. El constituyente primario, en consonancia con los objetivos que fijó para la acción de tutela, la previó como un medio residual de defensa, lo que implica que es el último mecanismo judicial al que ha de acudir el interesado, considerada la magnitud de la amenaza que enfrenta o no dispone de ninguna otra vía para resguardar sus derechos fundamentales. Únicamente cuando el afectado no disponga de una forma efectiva de defensa puede recurrir al juez de tutela.

En esa medida, “la acción de tutela por regla general, es improcedente, salvo que el actor pruebe (i) que no existe otro medio de defensa judicial, o que existiendo no es efectivo, por una parte, o por otra, (ii) que existe un perjuicio irremediable”[18] sobre los derechos de los que reclama el amparo a través de su escrito de tutela. De este modo, “siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”[19].

El carácter residual de la tutela se concreta en el proceso judicial, con la exigencia de que sea formulada con arreglo al principio de subsidiaridad. Según éste no es posible acudir en forma exitosa al juez de tutela si la causa de la vulneración de los derechos del actor no ha

intentado atacarse ante el juez ordinario, siempre que este tenga la oportunidad de contrarrestarla en forma contundente y con arreglo a las particularidades del accionante y de la situación que se somete al conocimiento del funcionario judicial. Solo cuando la acción resulta subsidiaria (además de inmediata), es procedente.

Bajo esa orientación constitucional, el Decreto 2591 de 1991 establece expresamente que la tutela solo procede cuando “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. Entonces, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa[20], ni mucho menos a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa[21]. La inobservancia de tal principio se erige como una causal de improcedencia a la luz del numeral 1° del artículo 6° del mencionado decreto[22], declarado exequible en la Sentencia C-018 de 1993.

La consecuencia directa de la improcedencia de la acción de tutela es que el juez constitucional no puede entrar a discernir el fondo del asunto planteado, cuyo conocimiento corresponde, entonces, en forma exclusiva al juez ordinario a través de los canales procesales creados por el Legislador.

En ese sentido, el principio de subsidiariedad implica el resguardo de las competencias jurisdiccionales, de la organización de la administración de justicia, de las instituciones procesales, del debido proceso y de la seguridad jurídica, propias del Estado Social de Derecho.

6. En los casos en que existen medios ordinarios y principales de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido dos excepciones a la improcedencia. Cada una tiene implicaciones sobre la forma, transitoria o definitiva, en la que ha de concederse el amparo constitucional, en caso de que sea viable hacerlo.

La primera. Si bien, en abstracto, existe otro medio de defensa judicial y el accionante cuenta con él para la defensa de sus derechos, desde la perspectiva de la relación entre el mecanismo y el fin constitucional perseguido por el actor, aquel no tiene la virtualidad de conjurar un perjuicio irremediable. De tal forma, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, mientras el interesado acude a la vía ordinaria para debatir el asunto. Entre tanto se resguardan sus derechos fundamentales.

Esta primera hipótesis implica la constatación de un perjuicio irremediable, que ha sido definido como un riesgo que se ciñe sobre los derechos fundamentales del accionante, con ciertas características particulares: “ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; ser urgente, lo que significa que implique la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; ser impostergable, esto es, se debe acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales”[23]

La segunda. Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de manera definitiva. El análisis sobre la eficacia del medio ordinario se encuentra determinado por el contraste entre éste y las condiciones particulares del accionante que pueden acrecentar la amenaza que pesa sobre los derechos de los que reclama el amparo.

7. Toda la normatividad, legal y jurisprudencial sobre la materia está orientada a “impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales”[24], cuando el Legislador ha previsto otros tantos y unas vías procedimentales particulares para cada asunto litigioso.

Como consecuencia de los elementos que componen la naturaleza de la acción de tutela, el juez a la hora de determinar la procedencia de la acción, debe verificar si hay “un perjuicio irremediable, que afecte los derechos fundamentales de quien invoca su protección, haciendo necesario el amparo transitorio pretendido para restablecer la situación y asegurar al agraviado el pleno goce de su derecho. (...) [pues] hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección”[25].

8. En suma cuando, como se ha advertido, la regla general es que la acción de tutela es improcedente, si se tiene en cuenta que no es el único mecanismo que permite el amparo de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y que los demás establecidos con ese mismo objetivo (las acciones ordinarias) son principales respecto a ella, el

accionante debe mostrar que estos mecanismos no existen o no son efectivos para proteger los derechos que estima amenazados para enfrentar la improcedencia de este mecanismo constitucional, de cara a la excepcionalidad del mismo.

Procedencia excepcional para el reconocimiento de prestaciones pensionales.

9. Además de las consideraciones de la Corte Constitucional sobre la procedencia formal de la acción de tutela, en relación con el principio de subsidiaridad, se ha planteado que en los eventos en los cuales la pretensión del amparo versa sobre prestaciones pensionales, la excepcionalidad de la tutela se refuerza.

La discusión sobre derechos pensionales, entre los que se cuentan aquellos ligados a la sustitución de una pensión por la muerte del pensionado, debe emprenderse, desarrollarse y finiquitarse en la jurisdicción laboral ordinaria. Ese es el escenario natural y principal en el que debe ventilarse la discusión en los términos y con los parámetros procesales que esa materia implica. Ello no solo garantiza los derechos de quien persigue la prestación sino de su contraparte, de las personas interesadas en el asunto y en últimas del sistema de seguridad social en pensiones dado el alcance del principio de solidaridad.

Según lo ha manifestado esta Corporación, la acción de tutela para estos fines solo es procedente cuando la falta de la prestación pensional puede comprometer seriamente el derecho al mínimo vital del accionante y de su familia, esto es en los eventos en que su “ausencia deja sin manutención el hogar, y sin recursos para proveer éste por otros medios, (...) repercute directamente en las personas que dependían del causante al no tener los recursos para satisfacer sus necesidades básicas.”[26]

Lo anterior cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que, aunque se solicite una prestación pensional con una perspectiva constitucional ante el compromiso del derecho al mínimo vital, el reconocimiento de este tipo de derechos, en todo caso, “está supeditado al cumplimiento de requisitos y condiciones señalados en la ley”[27] cuya satisfacción debe ser debatida por los directamente interesados ante el juez natural de la materia y comprobados por él.

Ahora bien, el carácter legal de las prestaciones pensionales impone una exigencia adicional para evaluar la procedencia de la acción de tutela. La reclamación de una

pensión de cualquier naturaleza mediante la acción de tutela, implica para el actor la carga de demostrar en forma suficiente la existencia del derecho. Cuando no es así, sin embargo, el juez de tutela que encuentre que los derechos del accionante están sometidos a la existencia amenazante de un perjuicio irremediable, puede reconocer el derecho en forma transitoria hasta que el juez ordinario evalúe la situación, cuando la protección es apremiante.

Flexibilidad del análisis de procedencia frente al amparo formulado por un sujeto de especial protección constitucional.

10. Un sujeto de especial protección constitucional es una persona sobre la cual, a causa de sus condiciones sociales, económicas, culturales, físicas o psíquicas, en la práctica y por la forma en que la sociedad ha subvalorado su situación, se encuentra en condiciones materiales de desigualdad, que operan en su contra. Sobre él pesan cargas adicionales a las que la generalidad de las personas soporta para acceder a ciertos bienes y servicios, por lo que se ve obligado a esforzarse más para lograrlos, al punto en que el Estado debe intervenir para equilibrar las cargas sociales en su favor[28]. De ello depende la realización del principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución.

Bajo esa perspectiva, para esta Corporación, la presencia de un sujeto de especial protección en un proceso de tutela implica que, conforme con el referido deber de intervención del Estado, las cargas ligadas a la interposición de la acción sean reducidas razonablemente. Resulta imprescindible hacer ciertas consideraciones especiales sobre la base de las circunstancias particulares en las que se encuentra el actor, para no invisibilizar su situación de vulnerabilidad en el proceso y no hacerle exigencias que resulten invencibles o demasiado gravosas con arreglo a ella.

Una de esas consideraciones razonables, conforme la jurisprudencia constitucional, es la flexibilización de los principios de procedencia de la acción de tutela: la inmediatez y la subsidiaridad[29]. Éste último será ampliado en lo que sigue para efectos de responder el problema jurídico planteado en este caso.

11. Esta Corporación ha hecho énfasis en que, de cara al principio de subsidiaridad, a la hora de verificar que no haya un medio idóneo de defensa judicial al que pueda acudir el afectado, “si se está en presencia de un sujeto de especial protección, se presume inidóneo

[el medio de defensa judicial ordinario] salvo que, (...) del análisis del caso concreto se concluya que las condiciones personales del actor no le impiden acudir a las vías regulares en condiciones de igualdad"[30].

Dicha presunción es aplicable cuando la situación de vulnerabilidad que está atada a la figura del sujeto de especial protección constitucional, es afianzada y respaldada por la información documentada en el expediente y de ella se desprende que el ejercicio de los derechos de los que se pretende el amparo, se encuentran contundentemente desafiados por las situaciones de hecho que rodean el caso y que por la desigualdad que pesa sobre el accionante éste no puede activar otros medios de defensa, o que pedirle que lo haga resulta desproporcionado por su condición y le impondría una carga mayor que terminaría por reflejar, ahora en el escenario judicial, la desigualdad que lo pone en condición de desventaja.

Cabe destacar que existen situaciones de hecho que llevan a pensar que aunque una persona tenga la calidad de sujeto de especial protección constitucional, su red de apoyo familiar o sus condiciones sociales, le permiten enfrentar por sí mismo (o través de la solidaridad de su familia o allegados) y sin la intervención directa del Estado, la situación de desventaja en la que se encuentra. Cuando el sujeto de especial protección constitucional es capaz de disminuir o eliminar los efectos de su condición, hasta el punto de alcanzar condiciones similares a aquellas en las que se encuentra la generalidad de las personas, la desigualdad queda materialmente en entredicho y, en consecuencia, la acción debe declararse improcedente cuando no se haya agotado la vía judicial ordinaria.

Por ejemplo, este supuesto se daría en los eventos en los que una persona en principio vulnerable, como lo puede ser una madre cabeza de familia o una persona en situación de discapacidad, reclama una prestación económica pero cuenta con condiciones socioeconómicas para sostenerse por sí misma o a través del apoyo de su familia. Su particular condición desvanece la urgencia de la protección constitucional y la carga de acudir a la jurisdicción ordinaria se torna soportable y equitativa en su caso específico.

Entonces la condición de debilidad manifiesta que revela la calidad de sujeto de especial protección constitucional conlleva la necesidad de que se considere su situación, pero no evita que esta sea sopesada con las circunstancias que le rodean, pues esa institución se

forjó para reivindicar la realidad material de la persona, que no puede desconocerse, so pretexto de la existencia de una presunción a favor de las personas más vulnerables, considerada en abstracto. Así se convertiría en un despropósito.

En esa medida, aunque el actor sea sujeto de especial protección constitucional, cuando de la información que reposa en el expediente no sea posible deducir una condición que materialmente le inhabilite para promover las acciones ordinarias, esa presunción no es aplicable. Puede emplearse solo si el caso concreto lo admite porque “la condición de vulnerabilidad (persona de la tercera edad, niño o niña, persona en situación de discapacidad, etc.), debe ser analizada por el juez de tal forma que lo lleve a considerar que efectivamente, por sus características, en esa circunstancia en particular, se encuentra en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones”[31].

Por tal motivo, si bien existe una regla conforme a la cual los mecanismos judiciales de defensa ordinarios no son idóneos para frenar la amenaza sobre los derechos fundamentales de las personas en una especial situación de vulnerabilidad, no existe una regla mediante la cual se ha de aplicar dicha presunción en forma genérica, abstracta o automática, pues siempre debe responder a las particularidades de cada caso concreto y al análisis integral de las condiciones que lo componen.

12. Como quiera que los requisitos de procedencia están ligados en forma esencial a la naturaleza de la acción de tutela, como quedó claro en los fundamentos jurídicos 4 y 5 de esta providencia, no es posible prescindir de su evaluación. La flexibilización de la valoración de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, implica adaptar las reglas generales de procedencia en el momento en que son valorados en el caso concreto por parte del juez constitucional, a partir de las condiciones particulares en que se encuentra el sujeto, pero en ningún caso implica renunciar al análisis sobre la satisfacción de los principios de subsidiaridad y de inmediatez, de los que depende si el juez constitucional puede determinar o no el fondo del asunto.

En atención de lo anterior, la comparecencia de un sujeto de especial protección constitucional a la administración de justicia para que se le resuelva una acción de tutela, no implica que el examen de la procedencia pueda suprimirse y mucho menos que, de entrada y por ese solo hecho, el juez constitucional sea competente para conocer el asunto.

Análisis de procedencia de la acción de tutela formulada por Leonor Cardona Cardona contra COLPENSIONES.

13. Sea lo primero destacar que de la información que obra en el expediente se desprende claramente que la señora Leonor Cardona Cardona es un sujeto de especial protección constitucional, en la medida en que actualmente la aqueja una enfermedad catastrófica como lo es el cáncer de cuello uterino. Acreditó suficientemente su diagnóstico, al haber aportado copia de las constancias de atención médica recibida por parte de la Nueva EPS, como de una incapacidad médica por 15 días que le fue expedida el 8 de enero de 2016[32], antes de interponer esta acción.

La accionante además considera que es sujeto de especial protección porque padece artrosis degenerativa, pero no aportó al proceso ningún elemento de juicio del que pueda derivarse ese hecho. También sostiene que en noviembre de 2015 sufrió una fractura de muñeca, pero la misma estaba consolidada “con inicio de formación de callo óseo sin desplazamientos” para el 4 de enero de 2016[33], por lo que al momento de la interposición de esta acción tenía una limitación física transitoria con ocasión de aquella. Sin embargo, su calidad deviene únicamente del diagnóstico del cáncer que padece actualmente.

14. La señora Cardona interpuso esta acción de tutela con el fin de que, en forma definitiva o en subsidio transitoria, le sea reconocida la sustitución pensional por la muerte de su esposo, el señor Marcelino Ossa Hurtado, quien había sido reconocido como beneficiario de la sustitución pensional de su primera esposa, la señora Nydia del Socorro Arbeláez de Ossa. El causante había sostenido, según lo afirma la accionante, relación simultánea con ambas mujeres, con las que convivió al mismo tiempo.

COLPENSIONES negó esa prestación y confirmó su determinación en dos oportunidades, al resolver el recurso de reposición y también el de apelación. Sus argumentos básicamente fueron que la convivencia que acreditó el señor Ossa para acceder al beneficio de pensión sustitutiva por la muerte de su primera esposa, descartaba la convivencia con la accionante, que a través del Registro Civil de Matrimonio aportado con la solicitud pensional que hizo mediante apoderado judicial, tan solo logró acreditar un año de convivencia con aquel.

La accionante sostiene que la negativa de la administradora de pensiones compromete sus derechos a la vida, al mínimo vital y a la salud, en la medida en que, como dependía de su esposo, como consecuencia de su muerte ahora no cuenta con los recursos para mantenerse y que no podrá continuar con su tratamiento en salud. Además sugiere que la conducta de COLPENSIONES desconoce que, cuando un hombre ha convivido en forma simultánea con dos mujeres, a las dos les asisten los mismos derechos en materia de sobrevivencia, por lo que al estar muerta la primera esposa de Marcelino Ossa, a la accionante, le corresponde recibir toda la pensión de aquel no solo como su esposa durante el último año, sino como su compañera permanente durante cerca de 18 años. Pasa por alto que la persona pensionada era la señora Arbeláez y no el señor Ossa y que como lo recordó la primera instancia, sobre una pensión que no sea la de este último no puede surgir la controversia de la que trata el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008[34].

Lo cierto es que como la accionante lo admitió, 10 meses antes de la interposición de la acción de tutela, esto es aproximadamente en marzo de 2015[35], fue contratada laboralmente por el señor José Marco Soto. Con ocasión de la actualidad de ese vínculo laboral, la actora se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, como dependiente de ese empleador; ha sido diagnosticada y ha desarrollado su tratamiento de salud gracias a esa relación de trabajo[36].

15. Como quiera que la señora Cardona acude a este mecanismo constitucional para contener la amenaza que, asegura, se ciñe sobre sus derechos a la vida, salud y mínimo vital, esta Sala encuentra que la acción de tutela es improcedente en la medida en que no hay una amenaza actual y contundente sobre ellos.

Obsérvese que el vínculo laboral vigente entre la accionante y el señor José Marco Soto desvanece el riesgo sobre el derecho al mínimo vital, pues supone, en principio, que cuenta con un ingreso mensual con el que puede proveerse los mínimos requeridos para su subsistencia, por lo que su mínimo vital se encuentra protegido por las circunstancias fácticas que rodean el caso.

Cabe destacar que, según el análisis cronológico de su relato, la accionante no contaba con ese ingreso laboral para cuando murió su esposo. Con dicho ingreso suplió la falta de la pensión de aquel y no es posible inferir que la pensión que se reclama sea necesaria para

conservar las condiciones de vida de la accionante, quien encontró un mecanismo para conjurar por sí misma su condición y proveerse en forma autónoma una asignación laboral.

Ahora si bien es cierto que la accionante en su escrito de impugnación mencionó que el ingreso mensual que percibía, era insuficiente para sostenerse, la verdad es que se limitó a enunciarlo y no dio ningún elemento de juicio para entender que así es efectivamente. Arguyó que el tratamiento de su enfermedad precisa de elementos nutricionales adicionales que no puede sufragar. Sin embargo la necesidad de elementos atados al tratamiento en salud es algo que ha de determinar su médico tratante y como quiera que manifiesta haber sido atendida por la EPS no hay elementos de juicio para suponer que se encuentra efectiva y actualmente comprometido su derecho a la salud.

Entonces, sobre ninguno de los tres derechos que la accionante consideró comprometidos por COLPENSIONES se ciñe una amenaza contundente que pueda convocar al juez de tutela a actuar sin desconocer las competencias funcionales de los demás jueces de la República.

16. Cabe aclarar que si bien la accionante sostiene que el riesgo en el que está deriva entre otras cosas de la debilidad de su vínculo laboral, porque (i) fue tejido con ocasión de un acto de “caridad” del señor José Marco Soto y en que (ii) se considera improductiva por su estado de salud, en la actualidad su contrato está vigente y, desde el punto de vista constitucional, su eventual rompimiento supone un proceso administrativo que asegura sus derechos fundamentales.

Su temor, comprensible en las condiciones en las que se encuentra, surge de una situación apenas hipotética que no puede habilitar al juez constitucional para intervenir y ordenar una prestación sobre la que debe pronunciarse el juez laboral.

Al respecto la Corte Constitucional ha sido clara en advertir que la naturaleza de la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario, como consecuencia de la urgencia de la protección que se solicita, impide que el juez de tutela se oriente por la protección de derechos que resultarían en un futuro vulnerados y amenazados a partir de supuestos de hecho tan solo hipotéticos. Ha sostenido en varias ocasiones que “si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u

omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo solicitado. La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro.”[37] En este caso, en cambio, la amenaza resulta ser eventual, incierta e hipotética.

Con ocasión de lo dicho hasta este punto, es posible concluir que mediante la interposición de esta acción, tal y como quedó formulada, la accionante no acreditó que esté en una situación de debilidad tal que, como sujeto de especial protección, le haga imposible o demasiado gravoso acudir al juez ordinario para que haga el estudio de su pretensión, pues en sus condiciones actuales hacerlo no menoscaba sus derechos al mínimo vital ni a la salud, por estar actualmente resguardados en las condiciones en las que se encuentra. Así el reconocimiento de la pensión por vía de tutela no tendría ninguna capacidad para protegerlos, ni siquiera en forma transitoria, por lo que el juez de tutela debe abstenerse de conocer el caso, que así está reservado al conocimiento del juez laboral.

17. Finalmente es del caso mencionar que como lo señalan las pruebas, en especial la primera de las resoluciones que negó la prestación económica de la actora[38], ella solicitó a través de apoderado judicial su reconocimiento pensional y anexó varios documentos. Ninguno acreditaba su convivencia con el causante antes de la fecha de su matrimonio con él, ni la simultaneidad de la convivencia que ahora alega la tutelante, de tal forma que ella no ha de sorprenderse porque dicha entidad desconociera ese hecho, cuando no le ofreció los elementos de juicio para deducirlo desde un comienzo.

Conclusión

18. De lo anotado en esta providencia resulta que la acción de tutela actualmente es improcedente, en la medida en que la situación fáctica en la que se encuentra la accionante sugiere que, a pesar de que es sujeto de especial protección constitucional, no existe un perjuicio irremediable por contener. Al ser así, el juez de tutela no se encuentra habilitado para intervenir en este asunto, que además es litigioso.

Si bien la accionante ha sido diagnosticada con un tumor cancerígeno en el cuello uterino y como consecuencia de ello acudió a la acción de tutela preocupada por sus derechos a la salud y al mínimo vital, lo cierto es que actualmente tiene un vínculo laboral vigente con el

cual proveerse los medios de subsistencia, como también adelanta su tratamiento médico en la EPS a la que está actualmente afiliada. Finalmente, no acreditó que sus ingresos no satisfagan sus necesidades actuales.

Bajo esta perspectiva, en el caso concreto, los derechos sobre los cuales se reclama el amparo, a través de la adjudicación de la pensión sustitutiva de su esposo, quien obtuvo la prestación no como cotizante sino como beneficiario de la pensión de su anterior esposa, no se encuentran ni se han encontrado en un riesgo de tal intensidad que sea imperioso para el juez de tutela intervenir en su favor. Por tanto no es posible exonerar a la accionante de acudir a las vías principales de acción, tal y como lo encontraron los jueces de instancia.

19. En consideración de lo anotado hasta este punto, la Sala confirmará las decisiones instancia objeto de revisión.

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

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR los fallos de primera y segunda instancia, proferidos el 26 de enero y el 2 de marzo de 2016 por el Juzgado de Menores de Cartago (Valle del Cauca) y la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Buga, respectivamente, en los que se declaró improcedente la acción de tutela de la referencia, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Conforme la cédula de ciudadanía de la accionante y su registro civil de nacimiento, documentos mediante los cuales acreditó haber nacido el 14 de mayo de 1960. (Cd.1 Fls.9 y 13)

[2] Así se lee en formato de atención de Consulta Médica General y Especializada de la Nueva EPS, con fecha del 8 de enero de 2016 (Cd.1 Fl. 30).

[3] No acredita este padecimiento particular.

[4] Registro Civil de Matrimonio (Cd.1 Fl. 12).

[5] Registro Civil de Defunción de Marcelino Ossa Hurtado, inscrito el 11 de julio de 2016 (Cd.1 Fl. 11).

[6] Conforme la Resolución GNR172544 del 11 de junio de 2015 (Cd.1 Fl.15).

[7] Conforme la Resolución GNR172544 del 11 de junio de 2015 (Cd.1 Fl.15), al relacionar los documentos aportados por la accionante para soportar su solicitud pensional del 9 de diciembre de 2014, los relacionó así: "CARDONA CARDONA LEONOR indentificado (a) con CEDULA DE CIUDADANIA No.42073350 , con fecha de nacimiento 14 de mayo de 1960 , en calidad de Cónyuge o Compañera(o) , el 9 de diciembre de 2014 con el radicado Nro. 2014_1013409, aportando los siguientes documentos: // FORMATO DE PRESTACIONES // REGISTRO CIVIL DE DEFUNCIÓN // REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO DE LA SOLICITANTE // REGISTRO CIVIL DE MATRIMONIO // COPIA DE CÉDULA DE CIUDADANÍA DE LA SOLICITANTE Y CAUSANTE // COPIA CÉDULA DE CIUDADANÍA Y TARJETA PROFESIONAL DEL APODERADO".

[8] Resolución GNR172544 del 11 de junio de 2015 (Cd. 1 Fls. 14 a 16).

[9] Recurso de reposición formulado en contra de la Resolución GNR172544 del 11 de junio de 2015, en el que la accionante alega haber convivido durante 19 años con el señor Ossa (Cd.1 Fl. 17).

[10] Anunciado en el Recurso de reposición formulado en contra de la Resolución GNR172544 del 11 de junio de 2015 (Cd.1 Fl. 19).

[11] Resolución GNR274235 del 7 de septiembre de 2015 (Cd.1 Fls. 20 a 22).

[12] Resolución VPB76616 del 30 de diciembre de 2015 (Cd.1 Fls. 24 a 26).

[13] También sostuvo que cuando lo que solicitó fue la sustitución pensional por la muerte de su esposo, que ya recibía pensión, la entidad demandada resolvió negarle la pensión de sobreviviente, como si este fuera afiliado, lo que considera incongruente.

[14] Escrito de tutela (Cd.1 Fl.4).

[15] Escrito de tutela (Cd.1 Fl.5).

[16] Constitución Política de 1991. Artículo 86. "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."

[17] En el mismo sentido Sentencia T-030 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa. "El

carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.”

[18] Sentencia T-061 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[19] Sentencia T-106 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[20] Sentencia T-480 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[21] Sentencia SU-424 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[22] “Artículo 6º. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.// Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”.

[23] Sentencia T-128 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En el mismo sentido: Sentencia T-177 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[24] Sentencia T-333 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[25] Ídem.

[26] Sentencia T-584 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[27] Ídem.

[28] ROBLEDO SILVA, Paula; RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: el control de constitucionalidad por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional. Anuario Iberoamericano de

Justicia Constitucional, 2014, no 18, p. 587-620, “aquellos individuos que por sus condiciones especiales, ya sea de precariedad económica, de pobreza, de marginalidad, o de ciertas condiciones físicas o psicológicas determinadas son objeto de discriminación, o se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta o de inferioridad lo que los convierte en titulares del derecho a obtener una mayor protección por parte del Estado y la sociedad en aras de que se logre garantizar la igualdad material.”

[29] Sentencias T-1109 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-018 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[30] Sentencia T-222 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[31] Sentencia T-398 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[32] Incapacidad médica por 15 días iniciales. Otorgada al comparecer por síntomas de gripa en la misma fecha (Cd.1 Fl.30) Con la anotación de que no constituye prórroga. (Cd.1 Fl.29)

[33] Radiografía puño muñeca, del 4 de enero de 2016 (Cd.1 Fl.32). En el que se especifica la consolidación de la muñeca y el estado normal de los tejidos blandos.

[34] “Artículo 6°. Definición del derecho a sustitución pensional en caso de controversia. En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera: // Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto. // Si la controversia radica entre hijos y no existiere cónyuge o compañero (a) permanente que reclame la pensión, el 100% de la pensión se repartirá en iguales partes entre el total de hijos reclamantes, pero solo se ordenará pagar las cuotas que no estuvieran en conflicto, en espera a que la jurisdicción decida. Si existe

cónyuge o compañero (a) permanente se asignará el 50% a este o estas(os) y sobre el 50% correspondiente a los hijos se procederá como se dispuso precedentemente.”

[35] Si se tiene en cuenta que la acción de tutela fue radicada el 12 de enero de 2016.

[36] Cd.1 Fl. 29

[37] Sentencia T-647 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis. En ese mismo sentido ver: Sentencias T-279 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-652 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-502 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[38] Resolución GNR172544 del 11 de junio de 2015 (Cd. 1 Fls. 14 a 16).