

T-568-13

Sentencia T-568/13

ACTUACION TEMERARIA Y COSA JUZGADA EN MATERIA DE TUTELA-Configuración

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia por cuanto se presentan hechos nuevos

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido varios eventos en los que queda desvirtuada la cosa juzgada entre dos acciones de tutela, como son que la segunda demanda se fundamente en: i) hechos nuevos, que no habían sido tenidos en cuenta con anterioridad por el juez; y ii) elementos fácticos o jurídicos nuevos, los cuales fueron desconocidos por el actor y no tenía manera de haberlos conocido en la interposición de la primera acción de tutela. Al respecto, la Corte ha señalado que la nueva jurisprudencia fijada por las salas de esta Corporación es un hecho novedoso que excluye la configuración de la cosa juzgada en un asunto.

ACTUACION TEMERARIA Y COSA JUZGADA EN MATERIA DE TUTELA-Buscan evitar la presentación sucesiva, además de múltiple de las acciones de tutela

Las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad pretenden evitar la presentación sucesiva, además de múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que estos conceptos cuentan con diferencias claras, que los llevan a configurarse como elementos disímiles. Sin embargo, ello no es impedimento para que en un caso concreto confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia.

SUSTITUCION PENSIONAL O PENSION DE SOBREVIVIENTES-Protección constitucional cuando se trata de personas en situación de discapacidad

El Tribunal Constitucional ha precisado que en desarrollo del principio de igualdad el examen de procedibilidad se flexibiliza en las situaciones en que el demandante es un sujeto de especial protección constitucional, o se encuentra en posición de debilidad manifiesta, en razón de la protección reforzada que ostentan dichos individuos.

La Corte ha considerado que la condición de debilidad manifiesta del interesado no son suficientes para que la tutela sea procedente, en materia pensional. Por ello, las Salas de Revisión han construido varias reglas jurisprudenciales para que sea procedente la tutela, que consisten en: “a. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, b Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada. c. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados y d. Que exista “una mediana certeza sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado”.

SUSTITUCION PENSIONAL O PENSION DE SOBREVIVIENTES-Naturaleza, finalidad y principios constitucionales

La sustitución pensional es un desarrollo del derecho a la seguridad social establecido en el artículo 48 de la Constitución Política. A su vez, la pensión de sobrevivencia ha sido definida como aquella prestación que pertenece al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y que se reconoce a los miembros del grupo familiar más próximo del pensionado o afiliado que fallece. De ahí que su finalidad responde a cubrir el riesgo de vulnerabilidad económica en que quedan las personas más cercanas al causante. En otras palabras, tiene “por objeto impedir que, ocurrida la muerte de una persona, los miembros del grupo familiar que dependían económicamente de ella, se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales de su fallecimiento. Esto, mediante la asignación de una prestación económica que suple la ausencia repentina del apoyo financiero del causante, con el fin de evitar que su muerte se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de los beneficiarios de dicha prestación”.

SUSTITUCION PENSIONAL Y PENSION DE SOBREVIVIENTES-Comparten la misma finalidad de protección al mínimo vital de las personas que dependían del causante

SUSTITUCION PENSIONAL O PENSION DE SOBREVIVIENTES-Requisitos que debe acreditar el hijo inválido para ser beneficiario

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia por cuanto no se evidencia actuación dolosa o

mala fe, puesto que el accionante en su escrito manifestó haber presentado tutela contra diferentes sujetos y considera que existen nuevos hechos

La Corte ha concluido que declarar improcedente la acción de tutela por temeridad debe estar fundado en el actuar doloso y de mala fe del peticionario, toda vez que ello es la única restricción legítima al derecho fundamental del acceso a la administración de justicia que implica el ejercicio de la acción de tutela. Además ha planteado que la mala fe de una actuación se evidencia en los eventos en que el peticionario omite informar sobre la existencia de acciones anteriores que puedan relacionarse con el mismo asunto. Con base en las circunstancias fácticas, la Sala estima que con la presentación de la actual tutela no se configuró temeridad, toda vez que no existe mala fe del peticionario en promover de nuevo la acción constitucional. Esta conclusión se sustenta en que el actor señaló de forma expresa en la demanda que en el año 2011 propuso otra acción de tutela. Al mismo tiempo, advirtió que existen nuevos hechos que lo facultan para pedir el amparo a sus derechos fundamentales. Por tanto, al no existir dicho elemento negativo, el peticionario no incurrió en temeridad.

SUSTITUCION PENSIONAL-Improcedencia de reconocimiento por cuanto no cumple requisito de tener más del 50% de disminución de capacidad laboral requerido para ser considerado inválido

Está comprobado que el tutelante es una persona discapacitada, dado que fue diagnosticado con 32,6 % de disminución de capacidad para trabajar. La Corte advierte que debido a la evolución de la deficiencia renal que padece el accionante, éste puede solicitar a las entidades competentes una nueva calificación de la enfermedad con el fin de alcanzar el porcentaje requerido para que sea considerada una persona inválida. Con ello, acceda a la pensión de sobrevivencia. Por consiguiente, el asunto bajo estudio es improcedente, puesto que no se cumplieron todas las reglas jurisprudenciales sobre el análisis de forma de la acción de tutela, en materia de la seguridad social. En especial, el derecho del actor carece de mediana certeza, ya que no alcanza el umbral del 50% de pérdida de capacidad laboral exigido para ser considerado inválido.

JUEZ DE TUTELA-Facultad de fallar extra y ultra petita

El juez de tutela está revestido de amplias facultades oficiosas que debe asumir de manera

activa para brindar la adecuada protección a los derechos constitucionales de las personas, al punto que puede decidir más allá de lo pedido o sobre pretensiones que no hicieron parte de la demanda. El funcionario jurisdiccional podrá usar dicha potestad ultra o extra petita, siempre que se establezca la infracción a los derechos del demandante.

DERECHO A LA SALUD-Orden de afiliación para atender enfermedad de insuficiencia renal que padece el peticionario y éste podrá solicitar a las entidades competentes una nueva calificación de la pérdida de la capacidad laboral, para solicitar sustitución pensional

Referencia: expediente: T-3866809

Acción de tutela instaurada por Albert Augusto Riascos Campaz contra el Departamento del Cauca.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintiseis (26) de agosto de dos mil trece (2013)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo emitido por el Juzgado Cuarto Administrativo de Popayán, en el trámite de la acción de tutela incoada por Albert Augusto Riascos Campaz contra el Departamento del Cauca.

I. ANTECEDENTES

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes:

1. Hechos.

1.1 El señor Albert Augusto Riascos Campaz, de 28 años de edad tiene una pérdida

de capacidad laboral del 32,6 %, la cual fue dictaminada por las Juntas Regional del Cauca y Nacional de Calificación de Invalidez. Esta disminución de las facultades para trabajar se debe a que el actor padece desde los 2 años de edad una deficiencia renal llamada glomerulonefritis[1].

1.2 El 17 de mayo de 1991, el señor Albertino Riascos Riascos, padre del peticionario y pensionado por vejez de la Caja de Previsión Social Departamental del Cauca falleció.

1.3 Más adelante, por medio del acto jurídico 0898 de 1991, la Caja de Previsión Social Departamental del Cauca reconoció el traspaso en forma provisional de la pensión del señor Riascos Riascos a su compañera permanente y a su hijo.

1.4 El 4 de noviembre de 1998 a través de la resolución No 4913, el Fondo de Previsiones Territorial del Cauca sustituyó de manera definitiva la pensión del causante a los beneficiarios señalados.

1.5 El 27 de abril de 2011, mediante el acto administrativo 03880, el Secretario Administrativo y Financiero del Departamento del Cauca suspendió el pago de la sustitución pensional a favor del señor Riascos Campaz, porque superó los requisitos establecidos en la ley para ser beneficiario de esa prestación en calidad de hijo del pensionado fallecido. Así, el actor superó los 25 años de edad y cuenta con una pérdida de capacidad laboral inferior a la exigida para ser considerado inválido.

1.6 Por ello, el actor interpuso los recursos de vía gubernativa contra la resolución que ordenó detener el desembolso de la pensión de sobrevivencia que disfrutaba. El 17 de junio de 2011, la administración rechazó el recurso de reposición, debido a que el petente presentó el escrito de forma extemporánea.

1.7 En octubre de ese mismo año, el señor Riascos Campaz promovió acción de tutela contra la Gobernación del Departamento del Cauca y Nueva EPS pidiendo que se restableciera la sustitución pensional, toda vez que se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, porque carece de ingresos para atender su enfermedad.

1.8 El 4 de noviembre de 2011, el Juzgado Quinto Penal del Circuito del Cauca negó

el amparo a los derechos del tutelante, comoquiera que el accionante no cumplió con los requisitos legales para mantener la pensión de sobrevivencia como hijo inválido del causante. Lo anterior en razón de que el actor cuenta con 32,6 % de pérdida de capacidad laboral, un porcentaje de invalidez inferior al 50% exigido por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

1.9 Apelada la decisión, el 9 de diciembre de esa anualidad, la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán confirmó el fallo de primera instancia al considerar que la Gobernación del Departamento del Cauca no vulneró derecho fundamental alguno del peticionario al suspender el pago de la pensión de sobrevivencia. Además, estimó que la demanda incumplió el principio de subsidiariedad al interponer de forma extemporánea el recurso de reposición.

1.10 En el mes de noviembre de 2012, el señor Riascos Campaz presentó petición ante el Gobernador del Cauca con el fin de obtener el restablecimiento del pago de la pensión. Esta postulación no obtuvo respuesta.

1.11 El solicitante manifestó en la demanda que había presentado en el año 2011 acción de tutela por la suspensión del desembolso de la sustitución pensional de la que era beneficiario. No obstante, señaló que en esta ocasión existen hechos nuevos que tornan procedente el amparo a sus derechos fundamentales, que consisten en que: i) el actor padece una insuficiencia renal que carece de cura, de modo que la patología debe ser atendida de forma constante; ii) el peticionario ha vivido de la caridad y de la ayuda económica tanto de amigos como de familiares, pues la enfermedad le impide conseguir trabajo; y iii) la suspensión del tratamiento de la dolencia que sufre el señor Riascos Campaz por la ausencia de ingresos puede causarle la muerte.

1.12 En tal virtud, el 31 de enero de 2013, el señor Albert Augusto Riascos Campaz nuevamente promovió acción de tutela contra el Departamento del Cauca, por considerar que vulneró sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna, al suspender el pago de la sustitución pensional que disfrutaba, olvidando que padece una enfermedad permanente que impide al tutelante obtener trabajo, a pesar de que la pérdida de capacidad laboral es inferior al 50%.

2 Intervención de la parte demandada.

2.1 El Departamento del Cauca no contestó la acción de tutela.

3 Sentencia de tutela de única instancia.

3.1 El 6 de febrero de 2013, el Juzgado Cuarto Administrativo de Popayán admitió la demanda y ordenó que Teresa de Jesús Ibarra Bravo y Joan Ortega Fernández se acercaran al despacho para ratificar las declaraciones extraproceso rendidas el 30 de enero del presente año ante Notario. Lo propio dispuso para el médico, el doctor Jaime Enríquez Zarama.

3.2 Posteriormente, en sentencia proferida el 19 de febrero de 2013, el juez 4º administrativo de Popayán decidió declarar improcedente el amparo a los derechos fundamentales del petente, porque el asunto bajo estudio hizo tránsito a cosa juzgado constitucional, situación que impide un nuevo pronunciamiento de cualquier funcionario jurisdiccional de tutela. Esta decisión se sustentó en que el Juzgado Quinto Penal del Circuito y la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad denegaron la tutela promovida por el actor con fundamento en los mismos hechos que ahora analiza, providencias que se tornaron inmutables y definitivas cuando la Corte Constitucional no seleccionó dichas providencias para su revisión.

3.3 El fallo de primera instancia no fue impugnado por las partes del proceso.

4.1 Copia del acto administrativo No 0898 de 1991 por el cual la Caja de Previsión Social Departamental del Cauca ordenó de forma provisional el traspaso y pago de la pensión de vejez del señor Albertino Riascos Riascos, a la señora María Georgina Lozano y al menor Albert Riascos Campaz, compañera permanente e hijo del causante respectivamente (Folios 1-2 Cuaderno 2).

4.2 Copia de la resolución No 4913 de 1998 a través de la cual el Fondo de Pensiones del Cauca reconoció de manera definitiva la sustitución pensional a los beneficiarios señalados (Folios 3-4 Cuadernos 2).

4.3 Copia del acto jurídico No 03880 de 2011 por medio del cual el Secretario Administrativo y Financiero del Departamento del Cauca suspendió el pago de la pensión de sobrevivencia del peticionario, porque sobrepasó los requisitos legales para acceder a esa

prestación (Folios 9-10 Cuaderno 2).

4.4 Copia de la resolución No 05427 de 2011 que rechazó el recurso de reposición interpuesto por el petente contra el acto administrativo que ordenó detener el desembolso de la sustitución pensional (Folios 6-7 Cuaderno 2).

4.5 Constancia del médico internista y nefrólogo Jaime Enríquez Zarama que indica que el señor Riascos Campaz padece de Glomerulonefritis proliferativa difusa que se documentó en biopsia renal, patología por la que el paciente requiere tratamiento constante (Folio 5 Cuaderno 2).

4.6 Copia de la petición presentada el 13 de septiembre de 2012 por el demandante al Gobernador del Cauca, escrito en el que solicita el restablecimiento de la pensión de sobrevivencia que fue suspendida (Folio 8 Cuaderno 2).

4.7 Declaraciones extrajuicio de Joan Camilo Ortega Fernández y Teresa de Jesús Ibarra Bravo, quienes manifestaron que conocen al solicitante hace 17 y 10 años respectivamente. Señalan que saben que el tutelante padece de una enfermedad casi terminal, que lo obliga a someterse a varias sesiones de diálisis. También afirmaron que el actor no devenga ingresos debido a que no tiene trabajo, y que el pago de la pensión de sobrevivencia fue suspendido. Para los declarantes, el peticionario se encuentra en una difícil situación económica, al punto que se ha visto obligado a pedir posada en casa de amigos, porque no cuenta con el dinero suficiente para pagar el arriendo de una habitación. Frente a la alimentación del señor Riascos Campaz, advirtieron que es precaria y que vive de la caridad pública. Por último, adujeron que el petente no tiene familiares en la ciudad de Popayán (Folios 11-12 Cuaderno 2). Estos testimonios fueron ratificados en su integridad ante el juzgado de única instancia, a través de audiencia realizada el 12 de febrero de 2013 (Folios 80-81 Cuaderno 2).

4.8 Testimonio del doctor Jaime Enríquez Zarama, el cual fue recibido en diligencia judicial ante el Juzgado 4 administrativo de Popayán, el 13 de febrero del año en curso. En esta declaración el profesional de la salud declaró que la enfermedad que padece el señor Riasco Campaz es una patología crónica de varios años de evolución. En varias ocasiones, el paciente ha presentado recaídas que causaron hinchazón generalizada, cuando se suspende el tratamiento al actor. Incluso advirtió que de continuar con la interrupción en las

atenciones de salud se llegará a la pérdida total de la función renal (Folio 82 Cuaderno 2).

4.9 El Magistrado Ponente revisó los portales de información de las páginas web del FOSYGA[2] y del SISBEN[3] con el fin de indagar si el peticionario se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud. Estos registros evidenciaron que: i) el actor no se encuentra afiliado al régimen contributivo o subsidiado de salud; y ii) el peticionario no ha sido calificado por el SISBEN.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

Competencia.

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problemas jurídicos.

2. En el presente asunto corresponde a la Sala establecer si el Departamento del Cauca vulneró el derecho fundamental a la seguridad social de Albert Augusto Riascos Campaz, una persona que padece una enfermedad crónica y cuenta con el 32,6% de invalidez, al suspender el pago de la pensión de sobrevivientes de la que era beneficiario, porque la pérdida de capacidad laboral del actor es inferior al 50% exigido para ser considerado hijo inválido del causante, según establece el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

2.1. Sin embargo, al parecer este problema jurídico ya fue estudiado por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Popayán en la sentencia del 24 de febrero de 3 noviembre de 2011 y por la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad en providencia del 9 de diciembre de esa anualidad, en una acción de tutela previa que no fue objeto de selección por parte de la Corte Constitucional. Por ello, esta Corporación deberá determinar si existe cosa juzgada constitucional o temeridad respecto de la controversia planteada en la presente acción de tutela.

Para abordar el problema descrito, la Sala comenzará por reiterar los conceptos de la cosa

juzgada y la temeridad a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Más adelante, señalará la jurisprudencia sobre la procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho a la seguridad social, en especial la pensión de sobrevivencia. A continuación, hará referencia a los requisitos necesarios para acceder a la pensión de sobrevivencia en el caso de hijos inválidos. Al terminar, llevará a cabo el análisis del caso concreto.

Configuración de la actuación temeraria y la cosa juzgada constitucional en la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia[4]

3. Esta Corporación mostrará que su jurisprudencia ha estudiado los fenómenos que nacen de la presentación de múltiples demandas de tutela con relación a unos mismos hechos. Advertirá que en estos eventos se trata en algunos casos de temeridad y en otros de cosa juzgada constitucional. La Sala procederá a explicar cada uno de dichos conceptos, con el fin de establecer cuándo se configuran y la posibilidad de que se presente la simultaneidad en su perfeccionamiento en una situación determinada.

3.1. La Corte ha concluido que declarar improcedente la acción de tutela por temeridad debe estar fundado en el actuar doloso y de mala fe del peticionario, toda vez que esta forma de proceder es la única restricción legítima al derecho fundamental del acceso a la administración de justicia que implica el ejercicio de la acción de tutela. Lo antepuesto se basa en que las limitaciones “que se impongan al mismo con el fin de proteger el adecuado funcionamiento de la administración de justicia, deben ser limitadas”[5].

3.1.1. Por eso, la temeridad se configura solo cuando concurren los siguientes elementos: “(i) [i]dentidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones[6]”[7]; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda[8], vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista. La Sala resalta que la jurisprudencia constitucional precisó que el juez de tutela es el encargado de establecer en cada caso concreto la existencia o no de la temeridad[9].

3.1.2. En contraste, la actuación no es temeraria cuando “[a] pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho[10]; o (iii) por el

sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de “improcedencia” de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera “temeraria” y, por lo mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del demandante[11].

El fallo T-1034 de 2005 precisó que existen supuestos que facultan a una persona a instaurar nuevamente una acción de tutela sin que sea considerada temeraria, que consisten en[12]: i) el surgimiento de circunstancias fácticas o jurídicas adicionales. “Es más, un hecho nuevo puede ser, y así lo ha considerado la Corte[13], la consagración de una doctrina constitucional que reconoce la violación de derechos fundamentales en casos similares”[14]; y ii) la inexistencia de pronunciamiento de la pretensión de fondo por parte de la jurisdicción constitucional.

3.1.3. Esta Corporación ha planteado una regla interpretativa que permite identificar si existe mala fe en una actuación en la que se evidencia la duplicidad de demandas de tutela, la cual responde a que el peticionario manifieste o no “la existencia de tutelas anteriores que puedan relacionarse con el mismo asunto”[15], es decir, “[e]l que interponga una acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos”[16].

3.2. Para la Sala la interposición de varias acciones de tutela en forma repetida y reiterada es incompatible con el principio de cosa juzgada constitucional. Esta Corte ha estimado que “los fallos judiciales deben ser definitivos y capaces de concluir o culminar el litigio propuesto, de lo contrario, las relaciones contenciosas nunca saldrían de la incertidumbre, con grave perjuicio para los intereses de las partes”[17]. Como respuesta a ese imperativo se construyó la institución procesal de la cosa juzgada, la cual se viene a constituir en el “fin natural del proceso.[18]”.

3.2.1. En sentencia C-774 de 2001[19], la Corte Constitucional señaló que la cosa juzgada: “es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del

ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico”.

La función de la institución de la cosa juzgada es otorgar a ciertas providencias el carácter de inmutables, definitivas y vinculantes, al punto que las partes no pueden ventilar de nuevo el asunto que fue objeto de resolución judicial. Además, conforme al artículo 332 del Código de Procedimiento Civil esta Corte estableció que la cosa juzgada se configura cuando se presenta:

- “Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.
- Identidad de causa petendi (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo transito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.
- Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Cuando la cosa juzgada exige que se presente la identidad de partes, no reclama

la identidad física sino la identidad jurídica.”[20]

3.2.2. Específicamente, las decisiones proferidas dentro del proceso de amparo tienen la virtualidad de constituir cosa juzgada. Vale decir que este fenómeno ocurre cuando la Corte Constitucional “adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria”[21].

3.2.3. Conjuntamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido varios eventos en los que queda desvirtuada la cosa juzgada entre dos acciones de tutela, como son que la segunda demanda se fundamente[22]en: i) hechos nuevos, que no habían sido tenidos en cuenta con anterioridad por el juez; y ii) elementos fácticos o jurídicos nuevos, los cuales fueron desconocidos por el actor y no tenía manera de haberlos conocido en la interposición de la primera acción de tutela. Al respecto, la Corte ha señalado que la nueva jurisprudencia fijada por las salas de esta Corporación es un hecho novedoso que excluye la configuración de la cosa juzgada en un asunto[23].

3.3. Una vez analizadas las instituciones referidas, la Sala precisa que promover sucesivas o múltiples solicitudes de amparo en procesos que versen sobre un mismo asunto pueden generar las siguientes situaciones: “i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre una causa decidida previamente en otro proceso de la igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y iii) los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la tripe identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada” [24].

3.4. En síntesis, la Corte concluye que las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad pretenden evitar la presentación sucesiva, además de múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que estos conceptos cuentan con diferencias

claras, que los llevan a configurarse como elementos disímiles. Sin embargo, ello no es impedimento para que en un caso concreto confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia.

La procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho a la seguridad social, en especial la pensión de sobrevivencia o sustitución pensional.

4. Para el estudio de este tema la Sala advertirá que a pesar de que el derecho a la seguridad social es de raigambre fundamental, la acción de tutela en principio es improcedente para obtener una pensión. No obstante, señalará que dicha regla tiene excepciones que se manifiestan cuando los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos ni eficaces. Sobre el particular, esta Corporación explicará que el juez constitucional ha amparado la seguridad social, en especial la pensión de sobrevivencia siempre que se cumplan las reglas de procedibilidad. Incluso, precisará que el estudio de tales requisitos jurisprudenciales se flexibiliza en los eventos en que nos encontramos en presencia de sujetos con especial protección constitucional, por ejemplo las personas en condición de discapacidad.

4.1. En la jurisprudencia constitucional la seguridad social[25] trascurrió por un proceso de transformación que implicó reconocerlo como un derecho social y fundamental al mismo tiempo. Además, es posible distinguir entre el carácter de fundamental de un derecho -fundamentalidad- y la procedencia de la tutela para su protección judicial -justiciabilidad-. Esta diferencia implica que un derecho fundamental cuente con requisitos de procedibilidad para su amparo. Por ello, la Sala procederá a estudiar los requisitos de justiciabilidad del derecho fundamental a la seguridad social.

4.2. El Decreto 2591 de 1991 y la Corte ha manifestado que en principio la acción de tutela es procedente siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, en la medida que el amparo no puede desplazar, ni sustituir, los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico[26]. Esta regla se aplica al derecho a la seguridad social, además se deriva del carácter excepcional así como residual de la acción de tutela. Y tiene dos excepciones que comparten como supuesto fáctico la existencia del medio judicial ordinario, que consisten en[27]: i) la instauración de la acción de tutela de

forma transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y ii) promover el amparo como mecanismo principal, lo que ocurre en las situaciones en que las acciones ordinarias carecen de idoneidad o de eficacia para defender los derechos fundamentales del accionante[28].

4.2.1. En el primero de los eventos, la jurisprudencia ha señalado que el perjuicio irremediable se presenta “cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen”[29]. Al respecto, la Corte ha identificado las siguientes características de dicha institución: “(i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad”. [30]

4.2.2. En la segunda de las hipótesis esbozadas, esto es, cuando el afectado cuenta con otro mecanismo de defensa, la jurisprudencia ha advertido que el juez constitucional debe analizar la eficacia e idoneidad de las acciones judiciales ordinarias a la luz de las circunstancias particulares en que se encuentre el solicitante[31]. Lo anterior con el fin de concluir si el amparo desplaza los medios de defensa existentes en la jurisdicción laboral y contenciosa. En ese sentido, la Corte ha identificado ciertos elementos que permiten afirmar que el amparo es procedente, como son: i) el estado de salud del solicitante; ii) el tiempo que la autoridad pensional demoró en desatar el procedimiento administrativo; iii) la edad del peticionario; iv) la composición del núcleo familiar del mismo, verbigracia el número de personas a cargo, o si ostenta la calidad de cabeza de familia; v) el potencial conocimiento de la titularidad de los derechos, al igual que las acciones para hacerlos valer; y vi) las circunstancias económicas del interesado, análisis que incluye el promedio de ingresos frente a los gastos, el estrato socioeconómico y la calidad de desempleo.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha precisado que en desarrollo del principio de igualdad el examen de procedibilidad se flexibiliza en las situaciones en que el demandante es un sujeto de especial protección constitucional, o se encuentra en posición de debilidad manifiesta, en razón de la protección reforzada que ostentan dichos individuos. Empero, la Corte ha considerado que esta condición o calidad del interesado no son suficientes para

que la tutela sea procedente, en materia pensional. Por ello, las Salas de Revisión han construido varias reglas jurisprudenciales para que sea procedente la tutela, que consisten en:

“a. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,

b. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.

c. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados[32] y

4.3. Ahora bien, las Salas de Revisión han precisado que la pretensión de sustitución pensional o pensión de sobrevivencia, aunado con una debilidad manifiesta del solicitante torna ineficaz el medio de defensa judicial ordinario, porque estas acciones no son lo suficientemente expeditas frente a la exigencia de la protección inmediata de derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la salud, a la educación, a la vivienda digna, a la alimentación adecuada y a la seguridad social[34].

4.4. En suma, el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental que supedita su protección a través de amparo -transitorio o definitivo- a ciertos requisitos jurisprudenciales. El juez constitucional debe evaluar el cumplimiento de esas condiciones de forma menos estricta cuando se encuentre en presencia de sujetos de especial protección constitucional.

Los requisitos necesarios para acceder a la pensión de sobrevivencia[35] o sustitución pensional en el caso de hijos inválidos.

5. La Corte mostrará que la pensión de sobrevivencia es una prestación que pertenece al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y tiene la finalidad de cubrir el riesgo en que quedan los familiares del pensionado o del cotizante, cuando éste fallece. Luego, advertirá que la ley identificó a los titulares de dicho beneficio, así como los requisitos necesarios para acceder a la pensión. Además, esta Corporación indicará como el

precedente ha estudiado y analizado cada uno de las condiciones que permiten la sustitución pensional.

5.1. La sustitución pensional es un desarrollo del derecho a la seguridad social establecido en el artículo 48 de la Constitución Política. A su vez, la pensión de sobrevivencia ha sido definida como aquella prestación que pertenece al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y que se reconoce a los miembros del grupo familiar más próximo del pensionado o afiliado que fallece[36]. De ahí que su finalidad responde a cubrir el riesgo de vulnerabilidad económica en que quedan las personas más cercanas al causante. En otras palabras, tiene “por objeto impedir que, ocurrida la muerte de una persona, los miembros del grupo familiar que dependían económicamente de ella, se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales de su fallecimiento. Esto, mediante la asignación de una prestación económica que suple la ausencia repentina del apoyo financiero del causante, con el fin de evitar que su muerte se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de los beneficiarios de dicha prestación”[37].

Lo expuesto evidencia un vínculo indiscutible entre la pensión de sobrevivencia y los derechos al mínimo vital y la vida digna, puesto que esa prestación otorga a los beneficiarios la satisfacción de sus necesidades básicas, las cuales eran suplidas por el pensionado o el afiliado. En efecto, bajo estas condiciones la sustitución pensional adquiere el carácter de derecho fundamental[38]. Esta naturaleza convierte a la pensión de sobrevivencia en una garantía cierta, indiscutible, irrenunciable e imprescriptible, en cuanto al derecho en sí mismo. Esto último significa que solo existe la prescripción de las mesadas pensionales y no de la prestación. El termino extintivo se configura a partir de los tres años anteriores a la solicitud de reconocimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 151 del Decreto - Ley 2158 de 1948.[39]

5.2. Frente a la regulación legal, el legislador estableció en los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993 -modificados por la Ley 397 de 2003- pensión de sobreviviente tanto para el régimen solidario de prima media como para el de ahorro individual. No obstante, en el caso bajo estudio la sustitución pensional se configuró bajo la vigencia de la Ley 71 de 1988. Adicionalmente, es la norma más favorable para el peticionario, toda vez que exige menos requisitos para que el beneficiario acceda a la pensión de sobreviviente[40]. Por tal

razón, en esta ocasión se revisaran los requisitos que prevé esa ley para acceder a las prestaciones referidas.

La Ley 71 de 1988 establece en el artículo 3 el derecho a la sustitución pensional a los siguientes familiares del causante: 1) a la cónyuge o compañera permanente; 2) los hijos menores o inválidos; 3) los padres; y 4) los hermanos inválidos que dependían económicamente del pensionado. Los dos primeros beneficiarios disfrutarán por mitad de la pensión sustitutiva con derecho acrecentar cuando uno de los órdenes se extinga. A falta de la pareja del pensionado, solo recibirán el pago de la prestación los hijos menores o inválidos de aquél. Si éstos no existen, los padres del causante tendrán derecho a la pensión de sobrevivencia. Y en caso de que quede vacío el tercer orden, los hermanos del pensionado accederán a la prestación, siempre que acrediten que dependían económicamente de aquél.

5.3. De acuerdo con las circunstancias del caso sometido a revisión, la Sala solo se pronunciará respecto de la titularidad de la sustitución pensional que tienen los hijos inválidos.

La Ley 71 de 1988 ha advertido que los hijos inválidos que pretendan obtener la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional deberán acreditar: i) el parentesco con el causante; y ii) la condición de invalidez. Sobre estos requisitos, la Sala procederá hacer algunas precisiones:

5.3.1. En primer lugar, esta Corporación en la sentencia T-354 de 2012[41] precisó que el certificado del registro civil de nacimiento es la prueba idónea para acreditar la relación de parentesco entre padres e hijos, comoquiera que goza de presunción y de autenticidad. De hecho ese documento de identidad solo puede ser alterado por una decisión judicial en firme, o por disposición de los interesados de conformidad con la ley. Entonces el registro civil tiene el valor probatorio suficiente para demostrar el parentesco del beneficiario con relación al causante.

5.3.2. En segundo lugar, para efectos de determinar quién tiene la condición de inválido, el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 previó que la persona adquiere el mencionado estatus siempre que hubiere perdido el 50% o más de sus capacidades laborales por cualquier causa. Vale acotar que la Ley 71 de 1988 carece de disposición o regulación sobre la

invalidez o la forma en que una persona acredita dicha condición. Entonces, la Sala reconoce como material jurídico vinculante el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

La Corte en la sentencia C-589 de 2012[42] determinó que era constitucional que el legislador estableciera un porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral para que una persona con discapacidad fuese considerada inválida con el fin de acceder a una pensión que desarrolla el derecho a la seguridad social. Sobre el particular, adujo que el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 “no excluye de la asistencia y protección necesarias a las personas con discapacidad inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral, pues están en la posibilidad de continuar en el mercado laboral, al tiempo que reconociendo sus derechos a la dignidad y en particular a la igualdad, gozan de todas las garantías que le son propias, como la estabilidad laboral reforzada, entre otros. En este orden, más que una discriminación desproporcionada hacia las personas con un grado o nivel inferior de discapacidad, el legislador garantiza que podrán continuar realizando actividades laborales, acorde con sus capacidades, sin lugar a discriminación alguna. De ese modo, quienes no sean considerados inválidos, no sólo gozan de una estabilidad laboral para proveerse de los recursos necesarios, sino que se garantiza la integración social mediante el acceso efectivo al trabajo, logrando el disfrute de los servicios de salud y rehabilitación cuando sea posible”.

Esta Corporación recuerda que las personas con discapacidad leve o moderada cuentan con la protección del Estado. Lo que ocurre es que el grado de incapacidad va ser determinante para la acción afirmativa que debe adoptar el legislador frente a un grupo poblacional que se encuentra en vulnerabilidad[43]. En el caso particular, la sentencia en cita consideró que la calificación de la invalidez es constitucional, pues permite el desarrollo de otros principios constitucionales, más que un trato discriminatorio.

Conforme a lo planteado, el requisito del 50 % de pérdida de capacidad laboral exigido por la Ley para que el hijo del causante sea considerado inválido es constitucional, toda vez que no es discriminatorio con relación a las personas que no alcanzan dicho umbral. Es más, permite a la persona discapacitada trabajar e integrarse a la sociedad, sin desconocer que son titulares de protección especial, por ejemplo de la estabilidad laboral reforzada. Por tanto, es válido que las entidades que administran el sistema de seguridad social en pensiones evalúen tal requisito con miras a determinar que un descendiente tiene derecho

a la pensión de sobrevivencia o mantiene la sustitución pensional.

A su vez, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993[44] advirtió que las entidades idóneas para dictaminar la invalidez, y con ello la pérdida de capacidad laboral son: i) el Instituto de Seguros Sociales, en su defecto a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-; ii) las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-; iii) las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez además de muerte; y iv) las Entidades Promotoras de Salud EPS. Aunque, el interesado puede impugnar esas tasaciones de minusvalía ante las Juntas Regional y Nacional de Calificación de invalidez, instituciones que tendrán la última palabra en sede administrativa sobre el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de una persona.

5.4. En suma, la pensión de sobrevivientes es una prestación que tiene la finalidad de proteger la condición de vulnerabilidad en que quedan quienes dependían económicamente del causante, entre ellos los hijos inválidos. La sustitución pensional adquiere el carácter de fundamental debido al vínculo que tiene con el derecho al mínimo vital. Para que el petitionario discapacitado supérstite acceda a este beneficio, según la Ley 71 de 1988 debe: i) demostrar el parentesco con el causante; y ii) probar su invalidez.

Caso concreto.

6. En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, se discute si el Departamento del Cauca vulneró el derecho fundamental a la seguridad social de Albert Augusto Riascos Campaz, una persona que padece de una enfermedad crónica y que cuenta con 32,6 % de pérdida de capacidad laboral, al suspender el pago de la sustitución pensional, porque no cumple con los requisitos de ley para acceder a esa prestación. En especial, ya que el actor posee una discapacidad inferior al umbral del 50% exigido por el artículo 38 de la ley 100 de 1993 para ser considerado inválido.

Previo al anterior problema jurídico se establecerá si en el caso sub-judice se presenta temeridad o cosa juzgada con relación a los fallos expedidos en el año 2011 que aparentemente estudiaron la vulneración de los derechos del petitionario.

Inexistencia de temeridad o de cosa juzgada.

7. El juez de instancia consideró que en el caso sub-examine se configuró la institución de la cosa juzgada con relación a las sentencias del 3 de noviembre y del 9 de diciembre de 2011, proferidas por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Popayán y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad. Lo expuesto se basó en que existe identidad en las partes y en el objeto de las causas de los procesos adelantados en los años 2011 y 2013. La Sala analizará si se constituye temeridad o/y cosa juzgada en el actual asunto.

7.1. La Corte ha concluido que declarar improcedente la acción de tutela por temeridad debe estar fundado en el actuar doloso y de mala fe del peticionario, toda vez que ello es la única restricción legítima al derecho fundamental del acceso a la administración de justicia que implica el ejercicio de la acción de tutela (Supra 3.1.1). Además ha planteado que la mala fe de una actuación se evidencia en los eventos en que el peticionario omite informar sobre la existencia de acciones anteriores que puedan relacionarse con el mismo asunto (Supra 3.1.3).

Con base en las circunstancias fácticas, la Sala estima que con la presentación de la actual tutela no se configuró temeridad, toda vez que no existe mala fe del peticionario en promover de nuevo la acción constitucional. Esta conclusión se sustenta en que el actor señaló de forma expresa en la demanda que en el año 2011 propuso otra acción de tutela. Al mismo tiempo, advirtió que existen nuevos hechos que lo facultan para pedir el amparo a sus derechos fundamentales. Por tanto, al no existir dicho elemento negativo, el señor Riascos no incurrió en temeridad.

7.2. Como se reseñó en la parte motiva de esta providencia, la cosa juzgada es una institución que torna inmutables, definitivas y vinculantes ciertas providencias, al punto que las partes no pueden ventilar de nuevo el asunto que fue objeto de resolución judicial (Supra 3.2.). En el asunto sub-judice existen dos acciones de tutela presentadas en los años 2011 y 2013. Para verificar si se configuró la institución mencionada se debe analizar si existe identidad de partes, de objeto y causa petendi. Atendiendo dichos elementos, la Sala concluye la inexistencia de cosa juzgada en el presente asunto frente a las sentencias emitidas por el Juez Quinto Penal del Circuito de Popayán y la Sala Penal del Tribunal superior de la misma ciudad porque solo se presenta la identidad de una de los elementos referidos.

7.2.1. La demanda de tutela que dio origen al proceso de la referencia versa sobre la misma pretensión material y/o inmaterial que el amparo presentado en el año 2011. Ésta consiste en la salvaguarda de los derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana del peticionario. Así mismo, la actual petición recae sobre el mismo objeto de la anterior, el cual responde a que la entidad accionada reanude el pago de la pensión de sobrevivencia que recibió hasta el año 2011.

7.2.2. En contraste, la sala encuentra que no se configura la igualdad de causa petendi, ya que si bien algunos supuestos fácticos alegados en los dos procesos son los mismos, no ocurre tal cosa con otros.

La demanda y las decisiones que hicieron tránsito a cosa juzgada comparten algunos hechos que sustentaron la tutela que el señor Riascos Campaz promovió en el año 2013. Así, los supuestos fácticos similares son; i) la entidad accionada reconoció al actor la sustitución de la pensión de vejez de su señor padre; ii) ese mismo ente suspendió el pago de la referida prestación, porque no cumple con los requisitos legales para acceder a ella; iii) el peticionario padece de una insuficiencia renal que se cataloga como enfermedad crónica desde los 2 años de edad; y iv) las Juntas de calificación de Invalidez Regional y Nacional dictaminaron que el petente tiene 32,6 % de pérdida de capacidad laboral.

No obstante, en la demanda que revisa la Corte existen supuestos fácticos nuevos, que consisten en que i) la posible afectación del derecho a la seguridad social continúa, toda vez que el actor no se encuentra recibiendo el pago de la pensión de sobrevivientes; y ii) el tutelante no se encuentra afiliado al sistema de seguridad en los regímenes contributivo o subsidiado. La ocurrencia de otros supuesto fácticos, implica que el juez de tutela puede analizarlos en la medida que esos hechos no fueron objeto de estudio en las sentencias expedidas en el año 2011.

7.2.3. En los dos procesos iniciados por el señor Albert Augusto Riascos Campaz, el actor es el mismo, empero los demandados no son iguales. En el primero los accionantes fueron la Gobernación del Cauca y la Nueva E.P.S. En el segundo, la parte pasiva se concentra solo en la entidad territorial señalada.

7.2.4. Por consiguiente, no existe la triple entidad referida en el asunto analizado, porque en el actual proceso se presentan nuevos hechos y las partes de los trámites adelantados

en los años 2011 y 2013 no son las mismas.

Al no configurarse temeridad o cosa juzgada, la Sala procederá a evaluar la procedibilidad del derecho a la seguridad social en asunto bajo estudio.

Procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto.

8. En este acápite de la providencia se evaluará el cumplimiento de las reglas planteadas en la parte motiva de esta providencia sobre procedibilidad de la acción de tutela para ordenar pensiones (Supra 4).

8.1. En primer lugar, con base en las circunstancias fácticas obrantes en el plenario, la Sala considera que la falta de pago de la prestación solicitada tiene la virtualidad de producir una posible afectación de los derechos fundamentales del peticionario, en particular del derecho al mínimo vital, comoquiera que es una persona que no cuenta con ingresos para atender sus necesidades básicas. Las declaraciones extrajuicio que fueron ratificadas ante el juzgado de única instancia señalan que el actor debe pedir posada para tener un lugar donde dormir y requiere de la ayuda pública para comer o atender los costos de su enfermedad (Folios 11-12 y 80-81 Cuaderno 2). Además, en este momento el peticionario no se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud, de modo que su atención solo se presenta como vinculado. Esta calidad es problemática para el actor si se tiene en cuenta que padece una enfermedad que requiere tratamiento constante.

8.2. En segundo lugar, el accionante ha desplegado cierta actividad administrativa con el objeto de obtener la prestación reclamada, por ejemplo, agotó la vía gubernativa con relación a la petición de pensión de sobrevivencia, la cual se desató a través de la resolución No 05427 de 2011 por medio de la cual rechazó el recurso de reposición interpuesto por el petente contra el acto administrativo que ordenó detener el desembolso de la sustitución pensional (Folio 6-7 Cuaderno 2). Además, ha interpuesto otras peticiones ante la gobernación del Cauca que pretende que se reanude el desembolso de la pensión de sobrevivencia (Folio 8 Cuaderno 2).

8.3. En tercer lugar, esta Corte concluye que en la tutela se acreditaron las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. Estas consistieron en la especial

protección constitucional de la que es destinatario Albert Augusto Riascos Campaz, calidad que impide que se someta a un proceso judicial ordinario. De hecho, la enfermedad que padece el peticionario y su condición económica hacen desproporcionado exigirle que agote los demás medios de control que tiene a su disposición.

Adicionalmente, la acción judicial que el ordenamiento jurídico suministra para impugnar las resoluciones que suspendieron el pago de la sustitución pensional caducó, toda vez que el plazo de 4 meses que tenía el señor Riascos Campaz para interponer la nulidad y restablecimiento del derecho contra esos actos administrativos feneció.

8.4. En cuarto lugar, para esta Sala de Revisión el actor no tiene mediana certeza del derecho a la pensión de sobrevivencia, porque él no alcanza el 50% de pérdida de capacidad laboral requerido para ser considerado hijo inválido del causante, según establece el artículo 38 de la Ley 100 de 1993. Vale recalcar que este concepto fue emitido por las entidades administrativas competentes para determinar la discapacidad de una persona, es decir, las Juntas de Calificación de Invalidez Regional del Cauca y Nacional (Supra 5.3.2).

No obstante, está comprobado que el tutelante es una persona discapacitada, dado que fue diagnosticado con 32,6 % de disminución de capacidad para trabajar (Folios 16, 54 y 65 Cuaderno 2). La Corte advierte que debido a la evolución de la deficiencia renal que padece el accionante, éste puede solicitar a las entidades competentes una nueva calificación de la enfermedad con el fin de alcanzar el porcentaje requerido para que sea considerada una persona inválida. Con ello, acceda a la pensión de sobrevivencia.

8.5. Por consiguiente, el asunto bajo estudio es improcedente, puesto que no se cumplieron todas las reglas jurisprudenciales sobre el análisis de forma de la acción de tutela, en materia de la seguridad social. En especial, el derecho del actor carece de mediana certeza, ya que no alcanza el umbral del 50% de pérdida de capacidad laboral exigido para ser considerado inválido.

9. Ahora Bien, el juez de tutela está revestido de amplias facultades oficiosas que debe asumir de manera activa para brindar la adecuada protección a los derechos constitucionales de las personas, al punto que puede decidir más allá de lo pedido o sobre pretensiones que no hicieron parte de la demanda[45]. El funcionario jurisdiccional podrá

usar dicha potestad ultra o extra petita, siempre que se establezca la infracción a los derechos del demandante.

Esta Corporación cotejó con las bases de datos electrónicas del Fosyga que el peticionario no se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud. Esta situación conlleva a la afectación del derecho a la salud, en razón de que la afiliación es un presupuesto básico para el goce del mismo[46]. Además en el caso concreto es perjudicial para la integridad del actor no tener un servicio médico asistencial, comoquiera que la insuficiencia renal que padece requiere de tratamiento constante. De hecho, la interrupción del manejo de la patología puede llevar a que el paciente pierda la función renal, tal como señaló el doctor Enríquez Zarama (Folio 82 Cuaderno 2). Ante tal escenario de vulneración del derecho a la salud del accionante, éste juez colegiado protegerá dicha garantía constitucional.

10. En tal virtud, la Sala confirmará parcialmente la decisión del Juzgado Cuarto Administrativo de Cundinamarca, que declaró improcedente el amparo por las razones expuestas en esta providencia. No obstante, concederá el amparo al derecho a la salud del tutelante. En consecuencia, ordenará a la Gobernación del Cauca que, por intermedio de la Secretaría Departamental de Salud y en coordinación con la dependencia respectiva del municipio de Popayán facilite de inmediato la prestación del servicio médico requerido para atender la enfermedad del peticionario a través de las empresas promotoras del servicio de salud o las instituciones prestadoras del servicio de salud con quienes tienen contrato. Así mismo, la entidad territorial referida deberá iniciar los procedimientos requeridos para la incorporación al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado y la asignación de una EPS-S al actor.

La Corte aclara que como resultado de la evolución de la deficiencia renal que sufre el accionante, éste puede solicitar a las entidades competentes una nueva calificación de la pérdida de capacidad laboral con el objeto de alcanzar el porcentaje requerido para que sea considerada una persona inválida. Lo anterior con el fin de que acceda a la pensión de sobrevivencia.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por

mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR parcialmente la sentencia proferida el 19 de febrero de 2013, por el Juzgado Cuarto Administrativo de Popayán, que declaró improcedente el amparo frente al derecho a la seguridad social del señor Albert Riascos Campáz, por las razones expuestas en esta providencia. REVOCAR la providencia respecto de la negativa de proteger el derecho a la salud, y en su lugar, CONCEDER el amparo al derecho a la salud del peticionario.

Segundo.- ORDENAR a la Gobernación del Cauca que por intermedio de la Secretaría Departamental Salud y en coordinación con la dependencia respectiva del municipio de Popayán proporcione en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo la prestación del servicio médico requerido para atender la enfermedad del peticionario, a través de las empresas promotoras del servicio de salud o las instituciones prestadoras del servicio de salud con quienes tienen contrato.

Tercera.- ORDENAR a la entidad territorial referida que a través de su Secretaría de Salud y en coordinación con su similar del municipio de Popayán adelante todos los trámites necesarios para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, inicie las diligencias pertinentes para la incorporación al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado y la asignación de una EPS-S al señor Albert Riascos Campaz.

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

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

[1]“Es un tipo de enfermedad renal en la cual la parte de los riñones que ayuda a filtrar los desechos y líquidos de la sangre se daña”. En Línea [<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000484.htm>] tomado el 3 agosto de 2012 a las 8:00 a.m.

[2] En línea [<http://www.fosyga.gov.co/Consultas/BDUABasedeDatosUnicadeAfiliados/AfiliadosBDUA/tabid/436/Default.aspx>] consultada el 5 de agosto de 2013 a las 2 p.m..

[3] En línea [<https://www.sisben.gov.co/ConsultadePuntaje.aspx>] consultada el 5 de agosto de 2013 a las 2 p.m.

[4] En esta oportunidad la Sala reiterará lo establecido en las sentencias T-053 de 2012 y T-185 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva con relación a las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad.

[5] Sentencia T-266 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[6] Sentencias T-502 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-568 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-184 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil

[7] Sentencia T-568 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-053 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; otras, en las cuales se efectúa un recuento similar son las providencias T-020 de 2006, T-593 de 2002, T-443 de 1995, T-082 de 1997, T-080 de 1998, SU-253 de 1998, T-263 de 2003 T-707 de 2003.

[8] Sentencias T-568 de 2006, T-951 de 2005, T-410 de 2005, T-1303 de 2005, T-662 de

2002 y T-883 de 2001.

[9] El juez puede considerar que una acción de tutela es temeraria siempre que considere que dicha actuación: "(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones ; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable ; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción ; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia". Sentencias T-560 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-053 de 2012 y T-185 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[10] Sentencia T-721 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis

[11] Sentencia T-266 de 2011 MP. Luis Ernesto Vargas Silva

[12] Sentencia T-566 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

[13] Sentencia T-009 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz Si la causa petendi está constituida por las razones - de hecho y de derecho - que sustentan la petición formulada, no cabe duda de que, entre las primeras y las segundas decisiones proferidas, existe una muy relevante diferencia. Lo que motivó las últimas solicitudes de amparo y la orden judicial de protección del derecho vulnerado, fue la expedición de la sentencia SU-36/99, es decir, la adopción de una nueva doctrina que debe ser aplicable siempre que pueda verificarse que la vulneración persiste por razones ajenas a la parte actora y que es jurídica y fácticamente posible la protección judicial. Finalmente, no puede afirmarse que existe una vulneración de la cosa juzgada, pues lo que verdaderamente se produjo en los fallos de primera instancia, fue el rechazo de la acción por considerar que se trataba de un mecanismo improcedente dada la existencia de mecanismos alternativos de defensa. No hubo, por ello, un pronunciamiento de fondo sobre los hechos del caso, como si ocurre en la presente sentencia.

[14] Sentencia T-1034 de 2005 M.P Jaime Córdoba Triviño.

- [15] Sentencia T-560 de 2009. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- [16] Decreto 2591 de 1991, artículo 37.
- [17] Sentencias C-622 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-441 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chajub
- [18] J. Ramón Ortega R. "De las excepciones previas y de mérito" Ed. Temis. Pág. 91, 1985.
- [19] M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- [20] Sentencia C-744 de 2011 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- [21] Sentencia T-649 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- [22] Sentencia T-560 de 2009 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- [23] Sentencia T-266 de 2011 y T-053 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- [24] Ibídem.
- [25] Sentencia T-293 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- [27] T-623 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-498 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-162 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-034 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-180 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-989 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-972 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-822 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-626 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis Y T-315 De 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- [28] Sentencia T-235 de 2010 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.
- [29] Sentencia T-634 de 2006 M.P Clara Inés Vargas Hernández.
- [30] Sentencia T-131 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa. Sobre las características del perjuicio irremediable observar la sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Allí sostuvo la Corte que: "Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la

comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente: A) El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. (...) B) Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...) C) No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. (...) D) La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)”

[31] Sentencia T-721 de 2012 y T- 142 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[32] Sentencia T-722, T-1014 y T-1069 de 2012, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[33] Sentencia T-721 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[34] Sentencia T-354 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[35] Esta Sala considera adecuado precisar los conceptos de sustitución pensional y pensión de sobrevivencia, tal como lo hizo en la sentencia T-110 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En esa oportunidad la Corte advirtió que la doctrina nacional ha distinguido entre la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes. La primera ha sido definida

como aquella prestación de tipo económico que a la muerte de su titular, se otorga a sus beneficiarios de conformidad con el orden preestablecido en la ley. En otras palabras, los beneficiarios de una persona que tenía el estatus de pensionado, toman el lugar del causante y se hacen acreedores del derecho que venía disfrutando. En este caso no se trata de una pensión nueva, sino de una subrogación o sustitución pensional en sentido estricto. Por su parte, la pensión de sobrevivientes se identifica como aquella asistencia, también de carácter económico, que se reconoce a los beneficiarios de un afiliado que aún no ha reunido los requisitos para acceder a una pensión. En este evento, la pensión de sobrevivientes que se paga a sus familiares es una nueva prestación de la que no gozaba el causante, y que se genera en razón de su muerte, previo el cumplimiento de unos requisitos que el legislador ha previsto. Se trata, entonces, del cubrimiento de un riesgo con el pago de una prima que lo asegure, y no del cambio de titular de una prestación ya generada, como en el evento anterior (C-1251 de 2001). Los presupuestos de reconocimiento de cada una de estas prestaciones las hacen en principio, distintas. No obstante, la jurisprudencia constitucional al momento de señalar sus características generales no ha diferenciado entre una y otra, en tanto su finalidad y propiedades esenciales son las mismas. Este aspecto se ve reforzado con la expedición de la ley 100 de 1993, en cuyo articulado se consagran estas dos prestaciones bajo la misma disposición jurídica (Art. 46), asignándoles un mismo nombre: pensión de sobrevivientes. Es por esta razón que la Sala al exponer los rasgos de esta garantía, hará referencia a uno u otro término indistintamente.

[36] Los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia son los indicados en el artículo 47 y 74 de la Ley 100 de 1993. Esto lo ha reconocido la sentencia T-361 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[37] Esta Corporación en distintas ocasiones ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de medidas legislativas relacionadas con la pensión de sobrevivientes y en todas ellas se ha resaltado la importancia de evitar el abandono económico al que se verían sometidos los beneficiarios del causante ante la ausencia del apoyo material de quienes con su trabajo o a través de una pensión preexistente contribuían a proveer lo necesario para su sustento. Sobre el contenido y alcance de la pensión de sobrevivientes ver las sentencias de constitucionalidad C-451 de 2005, C-111 de 2006, C-896 de 2006, C-1043 de 2006, C-1043 de 2006 C-1094 de 2003, C-1176 de 2001,

C-080 de 1999, C-002 de 1999, C-081 de 1999 entre otras. En sede de tutela, ver el fallo T-578 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[38] Sentencia T-692 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[39] Sentencia C-624 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[40] La Ley 71 de 1988 exige al beneficiario para acceder a la sustitución pensional: i) el parentesco diferente al causante; y ii) la condición de invalidez. La Ley 100 de 1993 requiere que el interesado acredite los dos primeros requisitos, más la dependencia económica que él tenía con relación al causante. Por consiguiente, la segunda regulación establece una condición adicional para que una persona acceda a la sustitución pensional, requisito que impone una mayor carga al beneficiario.

[41] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En esa oportunidad la Sala Novena de Revisión estudió el caso de una persona a quien el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de la sustitución pensional, por considerar que el registro civil de nacimiento aportado no cumplía con el lleno de los requisitos establecidos por la ley, ya que en el espacio correspondiente al denunciante, figuraba una persona distinta al causante. Vale aclarar que la decisión del ISS se tomó a pesar de que en el registro civil se encontraba como padre el progenitor del tutelante de ese entonces. Por lo tanto, la Sala concluyó que el actor había demostrado la relación filial entre él y el causante, así como los demás requisitos de la sustitución pensional, de modo que le otorgó la pensión de sobrevivencia.

[42] M.P. Nilson Pinilla Pinilla. En esta oportunidad la Sala Plena de la Corporación estudió la demanda propuesta contra la expresión “50% o más” establecida en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993. El actor consideró que la preposición jurídica impugnada vulneraba los principios de la dignidad humana, la igualdad y la solidaridad consagrados en los artículos 2, 13 y 47 del Carta Política respectivamente, toda vez que el porcentaje requerido impide a quienes no alcanzan ese umbral por un escaso margen obtener una prestación que permite su subsistencia. Ello implica que esas personas que cuentan con una discapacidad menor a la exigida por la ley sean discriminadas.

[43] Sentencia C-978 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[44] ARTÍCULO 41. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral. Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

[45]Sentencia T-814 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[46]Sentencia T-153 de 2011 M.P. Luis Ernesto vargas Silva.