El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Emiliano Perea Mosquera

Agente oficiosa : Valentina Valencia Cañaveral

Accionado : Colpensiones

Vinculados : Subdirección de Determinación de Colpensiones y otros

Radicación : 66001-31-03-005-2020-00134-02

Despacho de origen : Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 517 de 26-10-2021

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PENSIÓN DE INVALIDEZ / TEMERIDAD / REQUISITOS / IDENTIDAD DE PARTES, OBJETO Y CAUSA / Y ADEMÁS MALA FE DEL ACCIONANTE / COSA JUZGADA / PUEDE HABERLA AUNQUE NO HAYA TEMERIDAD / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / DEBE ACUDIR AL INCIDENTE DE DESACATO EN LA PRIMERA TUTELA.**

… la actuación es temeraria cuando “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”, y su comprobación da lugar al rechazo y a la decisión desfavorable de todas las solicitudes…

Para efectos de determinar si se ha configurado la temeridad en la presentación de una acción de tutela, habrán de confrontarse por el fallador, que concurran los siguientes presupuestos: (i) Identidad de partes, (ii) Identidad de causa para pedir, (iii) Identidad en la petición y en los derechos invocados y “(iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda…”

Pese a lo anterior, también ha dicho la jurisprudencia constitucional que no siempre ante una duplicidad de acciones se presenta la temeridad en el ejercicio de la tutela, en efecto sostiene:

“… el juez constitucional deberá analizar cada caso desde lo material y no solo ceñirse a lo formal, toda vez que en el detalle de las circunstancias fácticas puede estar la razón por la que el accionante se encuentre presentando una nueva acción de tutela…”

… es preciso señalar conforme al criterio de la doctora Catalina Botero M. que “(…) es fundamental tener en cuenta que la actuación temeraria, para serlo requiere de la mala fe del actor” …

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2021). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

… son circunstancias que, en parecer de esta Sala, se deben ventilar ante el juez que profirió la sentencia en la primera tutela, en ejercicio del mecanismo incidental, como quiera que guardan íntima relación con su acato. Es ese juzgador quien debe verificar si la autoridad desatendió injustificadamente su decisión…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0360-2021**

***Veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021).***

1. **El asunto a decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

El actor padece de VIH, entre otras enfermedades, es analfabeta, fue calificado con una PCL del 53,20% y la Sala Penal de esta Corporación con sentencia del 09-10-2019 amparó de forma transitoria sus derechos fundamentales y ordenó a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de invalidez. El 17-02-2020 la autoridad expidió el acto administrativo y supeditó la continuidad del pago a la demostración del ejercicio de las acciones judiciales. Y, en agosto de 2020 formuló ante Colfondos petición para agotar el respectivo trámite administrativo (Cuaderno No.1, pdf.14).

1. **Los derechos invocados y la pretensión**

La seguridad social, la vida digna y el mínimo vital. Solicitó ordenar a Colpensiones: **(i)** Reconocer y pagar la pensión de invalidez de manera transitoria hasta que se agoten las vías administrativa y judicial; **(ii)** Pagar la mesada correspondiente al mes de abril de 2020; y, **(iii)** Remitir copia del acto administrativo (Cuaderno No.1, pdf.14).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

La *a quo* con auto del 24-08-2020 admitió la tutela (Cuaderno No.1, pdf.15), el 28-08-2020 sentenció (Ibidem, pdf.38), el 03-09-2020 concedió la impugnación (Ibidem, pdf.45) y, el 29-09-2020, esta Magistratura retornó el expediente para que resolviera una nulidad (Cuaderno No.2, carpeta No.1, pdf.05). Luego, la funcionaria, con auto del 07-10-2020 anuló lo actuado y dispuso rehacer el trámite (Cuaderno No.1, pdf.54), el 29-10-2020 dictó nuevo fallo (Ibidem, pdf.65), el 13-09-2021 negó su aclaración (Ib., pdf.74) y el 23-09-2021 concedió la impugnación (Ib., pdf.78).

El fallo amparó los derechos transitoriamente y, en consecuencia, ordenó: (i) A la accionada reconocer y pagar la mesada pensional y (ii) Al actor formular la demanda respectiva, en un plazo de tres (3) meses, so pena de perder vigencia la tutela. Explicó que la suspensión de los términos judiciales impidió que acatara la condición impuesta en el fallo de tutela y, como es una persona de especial protección, amerita que ejercitara nuevamente el mecanismo constitucional (Ib., pdf.65).

La autoridad alega: (i) Improcedencia por subsidiariedad; y, (ii) Cosa juzgada porque el problema jurídico ya había sido desatado por otro juez constitucional. Pidió revocar el fallo (Ib., pdf.70).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
	1. La competencia funcional: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
	2. El problema jurídico a resolver: ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira, según la impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa. Por activa, la tiene el señor Emiliano Perea Mosquera porque está afiliado a Colpensiones y es beneficiario de fallo de tutela que dispuso reconocer y pagar la mesada pensional por invalidez (Ib., pdf.08).

La señora Valentina Valencia Cañaveral carece de legitimación para representar. Pretirió acreditar que el interesado no estuviese en capacidad de promover por su propia cuenta este mecanismo constitucional; entonces, inviable que lo agencie en el ejercicio de sus derechos[[1]](#footnote-1). Sin embargo, se supera este presupuesto porque *ante esta sede el actor ratificó los hechos y pretensiones* (Cuaderno No.2, pdf.14).

En el extremo pasivo, la Subdirección de Determinación de la Dirección de Prestaciones Económicas de Colpensiones por ser competente para resolver sobre ese tipo de reclamos administrativos (Art.4.3.3.1.3. del Acuerdo 131 de 2018).

Distinto es respecto a la **(i)** Gerencia de Determinación de Derechos; a la **(ii)** Dirección de Afiliaciones; a la **(iii)** Dirección de Historia Laboral; a la **(iv)** Dirección de Estandarización; a la **(v)** Dirección de Administración de Solicitudes y PQRS; y, a la **(vi)** Presidencia deColpensiones, porque son incompetentes para resolver ese tipo de solicitudes (Acuerdo 131 de 2018). Se adicionará la decisión de instancia para declarar improcedente la acción en su contra.

* + 1. La tutela temeraria y la cosa juzgada constitucional. Conforme al artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 la actuación es temeraria cuando *“sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales*”, y su comprobación da lugar al rechazo y a la decisión desfavorable de todas las solicitude*s.* Asimismo, el profesional del derecho que así proceda será sancionado*.*

Para efectos de determinar si se ha configurado la temeridad en la presentación de una acción de tutela, habrán de confrontarse por el fallador, que concurran los siguientes presupuestos: (i) Identidad de partes, (ii) Identidad de causa para pedir, (iii) Identidad en la petición y en los derechos invocados y “*(iv)* *la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista”* (2021)[[2]](#footnote-2)*.*

Respecto del último de los elementos ha doctrinado la CC[[3]](#footnote-3) que: *“(…) mencionados se presenta cuando la actuación del actor resulta amañada, denota el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, deja al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción, o pretende a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia (…)”*.

Pese a lo anterior, también ha dicho la jurisprudencia constitucional que no siempre ante una duplicidad de acciones se presenta la temeridad en el ejercicio de la tutela[[4]](#footnote-4), en efecto sostiene[[5]](#footnote-5):

… el juez constitucional deberá analizar cada caso desde lo material y no solo ceñirse a lo formal, toda vez que en el detalle de las circunstancias fácticas puede estar la razón por la que el accionante se encuentre presentando una nueva acción de tutela. De manera que la autoridad judicial podrá pronunciarse nuevamente cuando se evidencie alguna de las siguientes hipótesis: *“****(i)****la persistencia de la vulneración de derechos que se solicitan sean amparados;****(ii)****el asesoramiento errado de los abogados para la presentación de varias demandas;****(iii)****el surgimiento de nuevas circunstancias fácticas o/y jurídicas;**o****(iv)****la inexistencia de una decisión de fondo en el proceso anterior”[[6]](#footnote-6)*.

Asimismo, es preciso señalar conforme al criterio de la doctora Catalina Botero M.[[7]](#footnote-7) que *“(…) es fundamental tener en cuenta que la actuación temeraria, para serlo requiere de la mala fe del actor”*, de manera que, por virtud de la presunción de buena fe que le cobija; *“(…) la conducta temeraria, es un hecho que debe ser probado y no presumido por el funcionario judicial”*. Criterio que de antaño comparte esta Sala de la Corporación[[8]](#footnote-8).

Así entonces en presencia de varias acciones de tutela sucesivas debe inicialmente estudiarse la cosa juzgada constitucional antes que la temeridad[[9]](#footnote-9). Y en ese sentido se advirtió*[[10]](#footnote-10)*:

… cuando la decisión de un juez constitucional llega a instancia de la Corte, ésta se convierte en definitiva. En caso de ser seleccionada para su revisión, se produce la cosa juzgada constitucional con la ejecutoria del fallo de la corporación, de lo contrario, la misma opera a partir de la ejecutoria del auto que decide la no selección. De esta manera, si se produce un nuevo pronunciamiento acerca del tema, este atentaría contra la seguridad jurídica, haciendo que cualquier demanda al respecto deba declararse improcedente… (Subrayas de la Sala).

Por lo tanto, existe la posibilidad de que se presenten las siguientes situaciones[[11]](#footnote-11): (i) Cosa juzgada y temeridad, cuando se presenta una tutela sobre un asunto ya decidido pero sin justificación para su presentación; (ii) Cosa juzgada sin temeridad, cuando se interpone el amparo con expresa manifestación de que se hace por segunda vez y con la convicción de que no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada; y, (iii) Temeridad sin cosa juzgada, cuando se presenta simultaneidad entre dos o más solicitudes de amparo que presentan la triple identidad (Objeto, causa y partes), sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada.

En síntesis, la concurrencia de la triple identidad es insuficiente para concluir que se trata de una actuación amañada o contraria al principio constitucional de buena fe, pero sí está afectada de improcedencia ya sea por la simultaneidad de amparos sin decisión definitiva o porque acaeció el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

* + 1. La subsidiariedad: Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo **judicial** (2021)[[12]](#footnote-12). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

Al respecto la Corte*[[13]](#footnote-13)* ha señalado*: “Es, en efecto, un mecanismo judicial de origen constitucional de evidente carácter residual que está previsto para asegurar la tutela efectiva y sustancia de los derechos constitucionales fundamentales, pues solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial (…). Se establece así un sistema complementario de garantía de aquellos derechos constitucionales fundamentales (…)”.*

Así las cosas, salvo que se acredite la ineficacia del medio ordinario o el eventual acaecimiento de un perjuicio irremediable, el interesado, previo a ejercitar este mecanismo, debe agotar las herramientas defensivas que tenga a su disposición, puesto que no fue creado ni destinado a suplir los procedimientos ordinarios, ni para enmendar los errores o descuidos de las partes en el proceso: *“(…) la acción de tutela es improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido o incuria de quien solicita el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo”*[[14]](#footnote-14). Criterio reiterado por CC[[15]](#footnote-15) y acogido por la CSJ[[16]](#footnote-16).

1. **El caso concreto analizado**

Se revocará el fallo impugnado y, en su lugar, se declarará improcedente. No hubo la cosa juzgada constitucional alegada por la autoridad accionada, empero, el fracaso deviene de la falta de subsidiaridad, como pasará a explicarse.

6.1. La inexistencia de cosa juzgada. Diáfano es que el presente amparo es diferente al antes propuesto por el accionante, pues alega hechos disímiles, suficiente para advertir incumplida la identidad[[17]](#footnote-17).

En efecto, en el inicial cuestionaba la desestimación de su reclamo pensional (Ib., pdf.08, 22 y 24), mientras que en este el incumplimiento por parte de Colpensiones del fallo de tutela transitorio allí proferido, así como la imposibilidad del actor de cumplir la condición que le impuso (Ib., pdf.14), es decir, presentar demanda laboral para preservar la orden de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. El fundamento fáctico es distinto, por ende, inviable la cosa juzgada.

6.2. La falta de subsidiariedad. No obstante, para la judicatura es palmario que la tutela es improcedente. La residualidad implica la inexistencia de herramienta judicial idónea y eficaz para proteger los derechos y, como quiera que el interesado dispone del trámite incidental de cumplimiento y desacato ante el juez constitucional que conoció la primigenia tutela (Arts.27 y 52, D.2591/1991), sin duda esta acción es improcedente.

Aquí la queja radica en que Colpensiones dejó de pagar la mesada pensional, sin parar mientes en que: **(i)** El fallo de la Sala Penal no contenía ninguna condición que le permitiera suspender el pago de la pensión. Creó un requisito inexistente. Y, **(ii)** Era imposible para el interesado cumplir con la carga de demandar ante el juez laboral porque (a) era necesario agotar requerimiento administrativo ante Colfondos y, según afirma, demoraba cuatro (4) meses a lo sumo; y, (b) para la época en que se profirió la decisión sobrevino la suspensión de términos judiciales producto de la pandemia.

Aquellas son circunstancias que, en parecer de esta Sala, se deben ventilar ante el juez que profirió la sentencia en la primera tutela, en ejercicio del mecanismo incidental, como quiera que guardan íntima relación con su acato. Es ese juzgador quien debe verificar si la autoridad desatendió injustificadamente su decisión; y, también, si el incumplimiento de la condición por el accionante, no obstruye la decisión tutelar.

Cabe precisar que, según la jurisprudencia constitucional, en ese escenario el funcionario también está en capacidad de modular la orden, eso sí de forma excepcional, sin desatender la seguridad jurídica, a fin garantizar el disfrute del derecho fundamental protegido[[18]](#footnote-18).

A pesar de que el promotor es persona de especial protección (PCL), es insuficiente para superar la subsidiariedad y habilitar el análisis de fondo, en tanto que, como se anotó, el mecanismo constitucional reseñado es célere, idóneo y eficaz para proteger sus derechos. Imposible que esta Sala se inmiscuya en asuntos que son competencia de otra autoridad judicial.

Corolario, se declarará improcedente la tutela porque el accionante cuenta con el mecanismo incidental para procurar el acato de la decisión tutelar que amparó sus derechos fundamentales.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. REVOCAR el fallo proferido el 29-10-2020, por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira, para DECLARAR improcedente la tutela, por carecer de subsidiariedad.
2. ADICIONAR un numeral para DECLARAR improcedente el amparo contra la **(i)** Gerencia de Determinación de Derechos; la **(ii)** Dirección de Afiliaciones; la **(iii)** Dirección de Historia Laboral; la **(iv)** Dirección de Estandarización; la **(v)** Dirección de Administración de Solicitudes y PQRS; y, la **(vi)** Presidencia deColpensiones, por carecer de legitimación.
3. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-072 de 2019, T-190 de 2020 y T-001-2021. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-291 de 2021 y SU-168 de 2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. SU-240 de 2015 y T-185 de 2013. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-089 de 2019, T-162 de 2018, SU-168 de 2017, T-280 de 2017, T-001 de 2016 y T-185 de 2013. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-726 de 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. BOTERO M., Catalina. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano, Ediprime Ltda, Bogotá, 2006, p.120. [↑](#footnote-ref-7)
8. TSP, Sala Civil-Familia. Sentencia del 28-03-2016, MP: Grisales H., No.2016-00289-00. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-077 de 2019 y T-057 de 2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-095 de 2015. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-560 de 2009, T-185 de 2013, T-001 de 2016 y T-226 de 2020, entre otras. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-134 de 1994. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-567 de 1998. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-037 de 2016, T-120 de 2016 y T-662 de 2013. [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ.STC5531-2020, STC147-2020, STC3931-2016 y STC6121-2015. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-291 de 2021 y SU-168 de 2017. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. T-218 de 2012, T-086 de 2003, A181 de 2015 y A100 de 2016. [↑](#footnote-ref-18)