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.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE INVALIDEZ / PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / TEMERIDAD EN LA INTERPOSICIÓN DE LA TUTELA / ELEMENTOS / IDENTIDAD DE PARTES, PRETENSIONES Y HECHOS.**

… conforme con lo previsto por el artículo 86 de la Carta Constitucional, toda persona tiene a su disposición la acción de tutela para invocar ante los jueces, en cualquier momento y lugar, directamente o a través de representante judicial, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estén siendo vulnerados o amenazados con la acción u omisión de las autoridades públicas, o con la conducta de algunos particulares en los casos expresamente previstos en la ley…

… con el fin de evitar el abuso del mecanismo constitucional de amparo, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 38 contempló la figura de la actuación temeraria, que se da cuando una persona por desconocimiento o por una actitud caprichosa, presenta ante distintos jueces, al tiempo o en momentos diferentes, varias acciones constitucionales en las cuales se observa identidad de partes, de pretensiones y de hechos…

… vale la pena traer a colación lo que al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

“La temeridad es entendida como un fenómeno jurídico que tiene lugar cuando “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela es presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”. Su configuración se traduce en el rechazo y en la resolución desfavorable de todas las solicitudes, sin perjuicio de las sanciones que establece la ley.” (…)

… se puede afirmar que lo expuesto por quien representa los intereses del señor Ricardo Hernández Agualimpia en esta oportunidad es igual tanto en los hechos narrados, como en las partes y en las pretensiones expuestas en un asunto anterior, con lo cual surge evidente el uso indebido y desmesurado por parte suya de la figura Constitucional que busca la protección de los derechos fundamentales de los colombianos, ello por cuanto el tema que aquí plantea ya lo había puesto en conocimiento del Juez de tutela, sin que ahora haya presentado ningún hecho realmente novedoso que haga viable realizar elucubraciones adicionales al respecto.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, veinticinco (25) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado por Acta No. 835

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:**  | 66001-31-09-002-2021-00077-01 |
| **Procedencia:** | Juzgado 2° Penal del Circuito de Pereira |
| **Accionante:**  | Ricardo Hernández Agualimpia |
| **Apoderado:**  | Dr. César Augusto Agudelo Salazar |
| **Accionado:**  | Colpensiones |
| **Decisión:**  | Confirma  |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación promovida por parte del representante judicial del señor **RICARDO HERNÁNDEZ AGUALIMPIA**, en contra del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, mediante el cual se declaró improcedente la solicitud de amparo constitucional impetrada en contra de **COLPENSIONES.**

**ANTECEDENTES:**

A través de apoderado judicial, el accionante manifestó en su escrito de tutela que fue calificado por la Junta Regional de Invalidez de Risaralda con pérdida de la capacidad laboral del 51.60%, con base en los problemas de salud de enfermedad isquémica del corazón, hipertensión arterial y secuelas de accidente cerebrovascular, por esta razón solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de una pensión de invalidez, la cual fue negada por no acreditar 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores.

Teniendo en cuenta la aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosos, y al contar con 413 semanas cotizadas desde el 01 de abril de 1994, apeló ante la entidad la decisión inicial el 21 de abril de 2021, solicitando que se aplique en su caso el Acuerdo 049 de 1990, recurso que fue resuelto desfavorablemente a través de la resolución DPE 3893 del 28 de mayo de 2021.

Aunado a lo anterior, el accionante refirió que ya el Juzgado Séptimo Administrativo de Pereira se había pronunciado mediante sentencia del 16 de junio de 2021 frente a una solicitud de amparo que se interpuso porque el argumento esgrimido en un inicio por Colpensiones para no acceder a sus pretensiones era que en el pasado se le había reconocido al señor Hernández Agualimpia una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, entonces, en sede de tutela el aludido Despacho judicial dispuso tutelar su derecho a la seguridad social, ordenando a COLPENSIONES resolver de fondo el derecho pensional reclamado sin excusarse en haber realizado el pago de indemnización sustitutiva de la pensión al accionante, analizando la situación particular a la luz de la ley 860 de 2003 o el acuerdo 049 de 1989, según correspondiera.

Posteriormente, el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda dictó sentencia de segunda instancia el 24 de agosto de 2021, en la que decidió revocar el fallo citado anteriormente por hecho superado.

Refirió el libelista que COLPENSIONES omitió realizar el análisis conforme a lo dispuesto en el acuerdo 049 de 1990, lo que incidió para que se negara el reconocimiento del derecho pensional.

De otro lado, como hecho novel, argumentó que en contra de esa decisión interpuso recurso de apelación, el que fuera confirmado por esa autoridad administrativa.

**PRETENSIONES:**

De acuerdo con los hechos anteriormente relacionados, el accionante a través de su apoderado solicita tutelar en su favor los derechos fundamentales de mínimo vital, dignidad humana y seguridad social, y por ende, se ordene a COLPENSIONES que se le reconozca la pensión de invalidez a partir del 03 de junio de 2017 dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

**ANTECEDENTES PROCESALES:**

**Admisión:**

La acción de tutela fue admitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira el día 02 de septiembre de 2021, ordenando a través del auto correr traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de defensa.

**Intervenciones:**

1. **COLPENSIONES:** argumenta que la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez vía acción de tutela es improcedente, pues esa entidad le ha dado trámite a todas las solicitudes realizadas por el accionante, de manera que de existir una inconformidad, este debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

Explica mediante múltiples referencias jurisprudenciales en materia Constitucional, que la acción de tutela procede solamente ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, y que, en el caso del reconocimiento de prestaciones económicas, el Juez de tutela no puede determinar el alcance de estas sino instar a la entidad a proporcionar respuesta oportuna y de fondo a las solicitudes presentadas por el actor.

Sostiene entonces que los derechos solicitados por el accionante deben ser reconocidos por el Juez ordinario competente, a través de los mecanismos establecidos para ello, y por esto peticiona que se declare la improcedencia de la acción puesto que la entidad no ha vulnerado los derechos del accionante y a actuado conforme a derecho.

-**Sentencia de primera instancia:**

El 09 de septiembre de 2021, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Pereira, teniendo en consideración los elementos fácticos presentados por las partes, declara improcedente la acción de tutela instaurada por el señor Ricardo Hernández Agualimpia.

El enfoque dado por el Despacho de instancia a la tutela, tuvo que ver con un análisis frente a una posible temeridad por parte del accionante, dado que existe en este asunto, y de cara a la solicitud de amparo aludido por el mismo libelista en su escrito, una identidad de partes, hechos y pretensiones, y si bien la parte actora ocupó como justificación la ocurrencia de hechos nuevos, como la expedición de la Resolución SUB 143711 del 21 de junio de 2021, esto no puede ser considerado como una circunstancia fáctica adicional, pues fue objeto de análisis y decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que precisamente por esta razón encontró como superado el hecho objeto de la decisión inicial que había protegido los derechos de su representado.

Entonces, a modo de ver del Despacho fallador, existió duplicidad de acciones sin una justificación para presentar la nueva tutela, de manera que se declaró improcedente la acción.

En contra de la anterior decisión, el señor RICARDO HERNÁNDEZ AGUALIMPIA a través de apoderado judicial, presentó dentro del término legalmente previsto el recurso de impugnación.

-**Sinopsis de la impugnación:**

En el escrito de impugnación presentado el 14 de septiembre de 2021, el recurrente manifestó que la resolución SUB 143711 del 21 de junio de 2021, si trata de un nuevo hecho que faculta la presentación de una nueva acción constitucional, pues la entidad no realizó un análisis respecto de la situación a la luz del Acuerdo 049 de 1990 tal como falló el Juzgado Séptimo Administrativo, y no es procedente un incidente de desacato pues el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda revocó la decisión por hecho superado con base en un tecnicismo del cumplimiento estricto por parte de COLPENSIONES, sin tener en cuenta la vulneración de los derechos fundamentales del señor Hernández Agualimpia.

Por tal razón solicitó que se revoque la decisión de primera instancia, y se protejan los derechos fundamentales de mínimo vital, seguridad social, dignidad humana e igualdad y se ordene a COLPENSIONES reconocer y pagar pensión de invalidez en favor del señor Ricardo Hernández Agualimpia.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**1. Competencia:**

Esta Sala de decisión se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991.

**2. Problema jurídico:**

Le corresponde determinar a la Sala en esta ocasión si la decisión de primer nivel estuvo o no ajustada a derecho al declarar la improcedencia de la solicitud de amparo incoada por el señor Ricardo Hernández, por intermedio de apoderado.

**3. Solución:**

Si bien es cierto, conforme con lo previsto por el artículo 86 de la Carta Constitucional, toda persona tiene a su disposición la acción de tutela para invocar ante los jueces, en cualquier momento y lugar, directamente o a través de representante judicial, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estén siendo vulnerados o amenazados con la acción u omisión de las autoridades públicas, o con la conducta de algunos particulares en los casos expresamente previstos en la ley; no obstante, para poder acceder a ella se deben cumplir una serie de requisitos de procedibilidad que necesariamente deben ser verificados por el Juez de tutela antes de entrar a efectuar pronunciamientos de fondo respecto del asunto puesto bajo su conocimiento.

Adicional a lo anterior, y con el fin de evitar el abuso del mecanismo constitucional de amparo, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 38 contempló la figura de la actuación temeraria, que se da cuando una persona por desconocimiento o por una actitud caprichosa, presenta ante distintos jueces, al tiempo o en momentos diferentes, varias acciones constitucionales en las cuales se observa identidad de partes, de pretensiones y de hechos, así lo indica en su tenor literal el mencionado Canon:

“Actuación 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, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes (…)”.

Adentrándonos en los elementos que orientan la figura de la temeridad, vale la pena traer a colación lo que al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

“La temeridad es entendida como un fenómeno jurídico que tiene lugar cuando “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela es presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”. Su configuración se traduce en el rechazo y en la resolución desfavorable de todas las solicitudes, sin perjuicio de las sanciones que establece la ley.

Esta corporación se ha pronunciado, reiteradamente, sobre las actuaciones temerarias en ejercicio de la acción de tutela y al respecto ha señalado los supuestos que deben verificarse para su tipificación.

Al efecto, tienen que concurrir tres elementos: (i) una identidad en el objeto, es decir, que “las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental”; (ii) una identidad de causa petendi, que hace referencia a “que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa”; y, (iii) una identidad de partes, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, de igual manera, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado.

En caso de que el juez, en el análisis de la existencia de la temeridad, observe la concurrencia de los tres elementos señalados, tendrá la obligación de descartar, además, que dentro de la segunda acción de tutela no concurra una razón válida que justifique su interposición para que sea posible el rechazo de ésta, o la denegación de la solicitud que ella contenga.”[[1]](#footnote-1)

A la luz de los argumentos planteados en este asunto, tanto como por el Juzgado A Quo para declarar la improcedencia de la acción de tutela, como por el accionante para refutar esa hipótesis, la Sala considera que es necesario partir de unos hechos ciertos e indiscutibles, a fin de determinar a quién le asiste la razón:

1. Mediante sentencia de tutela[[2]](#footnote-2) del 16 de junio de 2021, el Juzgado 7° Administrativo del Circuito de Pereira resolvió:

*“PRIMERO: TUTELAR PARCIALMENTE el derecho fundamental a la seguridad social del señor Ricardo Hernández Agualimpia conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: En consecuencia, se ORDENA a la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES a través de la Directora de Prestaciones Económicas, Andrea Marcela Rincón Caicedo, o quien haga sus veces, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, en el marco de la jurisprudencia transcrita, analice y resuelva de fondo el derecho pensional reclamado sin excusarse en haber realizado el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión al accionante, debiendo ESTUDIAR de manera estricta si al señor Hernández Agualimipia, de conformidad con la fecha de estructuración de invalidez, densidad de semanas* ***en el marco de la ley 860 de 2003 o del acuerdo 049 de 1989, según corresponda****, le acude o no derecho a que se le reconozca la pensión reclamada.”.*

Como se puede apreciar, el aludido Despacho judicial NUNCA le ordenó a Colpensiones que estudiara la solicitud del reconocimiento pensional estrictamente a la luz del Acuerdo 049 de 1989, sino bajo la norma que por ley correspondiera aplicar.

1. En cumplimiento de lo anterior, pues así lo concluyó en sentencia[[3]](#footnote-3) de segunda instancia el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, Colpensiones expidió acto administrativo mediante el cual negó la pensión al señor Ricardo Hernández Agualimpia.

Agréguese además que los hechos que concitaron la atención de esa Corporación fueron descritos así:

* 1. *El señor Ricardo Hernández Agualimpia en la actualidad tiene 69 años y presenta diferentes problemas de salud tales como isquemia crónica del corazón, hipertensión arterial y las secuelas derivadas de un accidente cerebrovascular.*
	2. *Motivado en lo anterior se expidió calificación de pérdida de capacidad laboral el día 29 de octubre de 2020 por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Risaralda, con un porcentaje de disminución de la capacidad, del 51.6% estructurada desde el 3 de junio de 2017 y de origen común.*
	3. *En ese entendido, el actor presentó solicitud de pensión de invalidez ante la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- quien mediante Resolución SUB 86887 del 8 de abril de 2021 negó el reconocimiento de tal prestación, aduciendo que el señor Hernández Agualimpia no acreditaba el cumplimiento de las 50 semanas cotizadas entre el 30 de junio de 2014 y el 30 de junio de 2017, decisión que fue recurrida mediante el recurso de apelación y objeto de confirmación mediante Resolución DPE del 28 de mayo de 2021.*
	4. ***Al momento de tomar dicha decisión la accionada no consideró lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-442 de 2016, según la cual y en aplicación del principio de condición más beneficiosa y al contar el actor con 413 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994, debe darse aplicación para su caso en particular al Acuerdo 049 de 1990.***

En aquella oportunidad, el Tribunal sostuvo que:

“*El problema jurídico a resolver en esta instancia, se contrae en establecer i)* ***si la presente acción de tutela es procedente para reconocer la pensión de invalidez a favor del señor Ricardo Hernández Agualimpia o bien, si en el caso concreto existe otro medio ordinario de defensa judicial idóneo y eficaz para estudiar la protección constitucional invocada****, y ii) de ser procedente,* ***si el actor cumple con los requisitos legales y jurisprudenciales para acceder a la pensión por invalidez bajo la aplicación de la condición más beneficiosa.”***

Tras enfocar de esta manera el problema jurídico, adujo más adelante en sus consideraciones que:

*“De acuerdo a las circunstancias particulares del asunto sometido a estudio,* ***resulta claro para esta Sala de decisión que lo que se pretende por la parte actora es el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Ricardo Hernández Agualimpia, dando aplicación para el efecto al principio de la condición más beneficiosa y en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año****, por lo que se analizará en primer lugar lo correspondiente a la procedencia de la acción de tutela para solicitar tal prestación, atendiendo a los requisitos jurisprudenciales sobre el tema.*

*(…)*

*una vez efectuada la aplicación de las condiciones del test de procedencia que determina la Corte Constitucional, y al no cumplirse con las condiciones tercera y cuarta del mismo, se puede determinar por esta Sala la eficacia del otro medio o recurso de defensa del que formalmente dispone el tutelante, por medio del cual podría lograr hacer efectiva la protección de los derechos presuntamente vulnerados, en la medida en que le corresponde es al juez ordinario, y no al juez de tutela, determinar si la entidad accionada tiene la obligación de pagar la prestación reclamada por la parte actora, amén que mediante sentencia C-043 de 2021, la Corte Constitucional dispuso en el ordinal primero de la parte resolutiva: «Declarar* ***EXEQUIBLE*** *de forma condicionada el artículo 37A de la Ley 712 de 2001, por el cargo de igualdad analizado, en el entendido que en la jurisdicción ordinaria laboral pueden invocarse las medidas cautelares innominadas previstas en el literal “c”, numeral 1, del artículo 590 del Código General del Proceso.» (…)”.*

Corolario de lo anterior, se puede afirmar que lo expuesto por quien representa los intereses del señor Ricardo Hernández Agualimpia en esta oportunidad es igual tanto en los hechos narrados, como en las partes y en las pretensiones expuestas en un asunto anterior, con lo cual surge evidente el uso indebido y desmesurado por parte suya de la figura Constitucional que busca la protección de los derechos fundamentales de los colombianos, ello por cuanto el tema que aquí plantea ya lo había puesto en conocimiento del Juez de tutela, sin que ahora haya presentado ningún hecho realmente novedoso que haga viable realizar elucubraciones adicionales al respecto.

Por ende, encuentra este Juez Colegiado que no es necesario hacer más pronunciamientos ni análisis en el presente caso, pues aquí es evidente la existencia de la figura de la temeridad, situación que conlleva, a que tal como lo consagra el artículo 38 arriba citado, se niegue el amparo deprecado.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad conferida en la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira el 09 de septiembre de 2021, con ocasión de la acción de amparo promovida por el señor **RICARDO HERNÁNDEZ AGUALIMPIA** en contra de **COLPENSIONES**, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión

**SEGUNDO:** **SE ORDENA** notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito posible, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y **SE DISPONE** el envío del expediente ante la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado Magistrado

1. Corte Constitucional, sentencia T-873 de 2013, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Rad 66001-33-33-007-2021-00131-00 [↑](#footnote-ref-2)
3. Proferida el 24 de agosto de 2021 [↑](#footnote-ref-3)