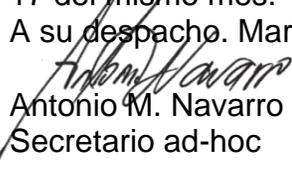




Constancia secretarial

Durante los días hábiles comprendidos entre el 9 y el 15 de febrero de 2023 no corrieron los términos para el titular del Juzgado en razón de licencia por duelo concedida por el Honorable Tribunal Superior de Medellín, que también le concedió permiso durante el día 17 del mismo mes.

A su despacho. Marzo 4-2023.


Antonio M. Navarro
Secretario ad-hoc

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD

Medellín, seis de marzo dos mil veintitrés.

Proceso	Acción de Tutela Segunda instancia
Accionante	BRAYNER CAMPILLO RESTREPO en representación del menor K.A.G.R. sanchezr.abogados@gmail.com
Accionada	COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS procesosjudiciales@colfondos.com.co tutelas@colfondos.com.co jemartinez@colfondos.com.co
	SEGUROS BOLÍVAR S.A. notificaciones@segurosbolivar.com
	TARABILLA INVERSIONES S.A.S. tarabillainversiones@gmail.com
1ª Instancia	Juzgado Doce Civil Municipal de Oralidad de Medellín cmpl12med@cendoj.ramajudicial.gov.co
2ª Instancia	Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín ccto01me@cendoj.ramajudicial.gov.co
Radicado	05001-40-03-012-2023-00003-00 (01 para 2ª instancia)
Providencia	Sentencia No. 05 Segunda instancia.
Tema	Pensión de sobreviviente menor de edad, mínimo vital, etc.
Decisión	Revoca fallo de primera instancia que negó pretensiones por temeridad.
	Expediente digital.

Corresponde a este despacho pronunciarse respecto a la impugnación que dedujo la parte demandante frente al fallo del 19 de enero de 2023 dictado por el Juzgado Doce Civil de Medellín de Oralidad de Medellín que declaró improcedente las pretensiones de tutela promovida por el Sr. Brayner Campillo Restrepo contra Colfondos y otros.

ANTECEDENTES

Hechos:

El señor Brayner Campillo Restrepo de 29 años de edad, actuando en representación de su hermano K.A.G.R. (Se cambiará su nombre por las iniciales del mismo para proteger su derecho a la intimidad) de 15 años de edad narra una serie de dificultades familiares, económicas y de salud, y que la señora madre de ambos María Yazmin Restrepo Ramírez falleció el 4 de julio de 2021 a la edad de 50 años cuando venía laborando para Tarabilla Inversiones S.A.S. desde el 20 de agosto de 2020, y estaba afiliada a Colfondos S.A.

Que se formuló a Colfondos S.A. A.F.P. petición de pensión de sobreviviente para el menor el 9 de septiembre de 2021, la cual le fue negada el 24 de enero de 2022 porque la Sra. Restrepo no había cumplido el requisito de cotización de 50 semanas en los últimos tres años inmediatos anteriores a la fecha de su fallecimiento, esto es en el período comprendido entre el 4 de julio de 2018 y el 4 de julio de 2021, toda vez que cotizó 47.14 semanas y los aportes correspondientes a los meses de mayo y junio de 2021 no fueron tenidos en cuenta en el cálculo de la cobertura porque fueron realizados con posterioridad a su fallecimiento. Afirma el autor del libelo que inconforme con la decisión del Fondo Brayner deprecó derecho de petición para que se tuvieran en cuenta ciertos meses, pero la respuesta fue reiterada.

Entonces se puso en contacto con la empresa en la que trabajó la señora madre y le informaron que las cotizaciones a pensión de mayo y junio de 2021 fueron extemporáneas por que decidieron aplazar los aportes de los trabajadores por dificultades económicas.

Informa que el 22 de abril de 2022 Colfondos emitió otra respuesta ligeramente distinta y referida a una aseguradora previsional, por lo que a Seguros Bolívar también le fue formulada reclamación de pensión que también fue objetada porque la causante no cumplió con el requisito de 50 semanas.

Que por lo anterior el Sr. Brayner formuló acción de tutela que le correspondió al Juzgado 3 Penal Municipal con Función de Control de Garantías contra Colfondos y contra Tarabilla Inversiones S.A.S. que fue declarada improcedente por requisitos de subsidiariedad, lo cual fue revocado por el Juzgado 2º Penal del Circuito para Adolescentes el 6 de junio de 2022, ordenando a Colfondos que procediera a corregir la historia laboral de María Jazmín Restrepo Ramírez teniendo en cuenta los aportes correspondientes a los meses de mayo y junio de 2021 y realizara nuevamente el estudio del derecho de petición formulado por el actor y se le brindara una respuesta de fondo, clara y congruente, so pena de desacato.

Que con base en tal fallo Colfondos emitió nueva comunicación el 19 de junio de 2022 indicando que:

- En la historia laboral de la fallecida se encuentran incluidos los meses de mayo y junio de 2021, los cuales luego de realizar nueva validación, no pueden ser tenidos en cuenta dentro del cálculo de la cobertura toda vez que el pago de los períodos en mención se realizó con posteriores a la fecha de fallecimiento de la afiliada.
- La compañía de Seguros Bolívar S.A. objetó el pago de la suma adicional.
- Colfondos S.A. reiteró la solicitud de reconocimiento y pago de suma adicional, sin embargo no ha tenido respuesta.
- Por lo descrito, reiteró objeción de reconocimiento de pensión de sobreviviente por no cumplirse con el requisito legal de 50 semanas cotizadas previas al fallecimiento de la afiliada.

Afirma el autor de la actual acción de tutela que teniendo en cuenta que el despacho ad quem ordenó que se corrigiera la historia laboral de la causante y que se tuvieran en cuenta los meses de mayo y junio para la contabilidad del requisito de las 50 semanas, es evidente que Colfondos incumplió la orden judicial. Ello por cuanto a pesar de que se le ordenó tener en cuenta las 8 semanas que expresamente desechaban para efectos de contabilizar el requisito, Colfondos repitió la misma respuesta de siempre, consistente en que los meses de mayo y junio no podrían ser tenidos en cuenta por cotización extemporánea.

Por lo anterior, dice el libelo se interpusieron incidentes de desacato que resueltos determinaron que el fallo de tutela estaba cumplido.

Finalmente incluye la demanda una serie de gastos que el accionante Sr. Brayner afirma que debe asumir por las necesidades económicas de su hermano menor de edad.

Pretensiones:

Pidió entonces el actor que se tutelén los derechos fundamentales de su hermano menor de edad, a la seguridad social, al mínimo vital y móvil, a la salud, a la vida en condiciones dignas, al interés prevalente del menor, a fin de se ordene a su favor el reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente con retroactivo hasta que cumpla 25 años de edad, y otras peticiones consecuenciales.

Incluyó argumentación y alegaciones en derecho respecto a la procedencia de la acción de tutela

Trajo como anexos copias de:

- a) Poder
- b) Cédula de la extinta Maria Jazmín Restrepo R.
- c) Registro civil de defunción.
- d) Registros civiles de nacimiento
- e) Historia clínica
- f) Constancia de vinculación laboral de la señora Restrepo.
- g) Auto del Instituto de Bienestar Familiar.
- h) Carta de aprobación de devolución de saldos en Colfondos.
- i) Derecho de petición del 8 de febrero de 2022 dirigido a Colfondos.
- j) Comprobantes de nómina.
- k) Certificado de aportes.
- l) Carta Colfondos del 22 de abril de 2022 respondiendo no hay lugar a reconocimiento de pensión.
- m) Sentencia del 6 de junio de 2022 del Juzgado 2º Penal del Circuito.
- n) Carta Colfondos del 19 de julio de 2022 reiterando objeción a reconocimiento de pensión.
- o) Auto del Juzgado Tercero Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías Para Adolescentes del 5 de agosto de 2022 ordenando cierre y archivo de incidente desacato.
- p) Auto del Juzgado Tercero Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías Para Adolescentes del 1 de diciembre de 2022 negando apertura de incidente.

Admisión de la acción de tutela:

El juzgado del conocimiento mediante auto del 13 de enero de 2023 admitió a trámite la tutela contra las tres entidades contra quienes está dirigida y adicionalmente ordenó oficiar al Juez Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Medellín a fin de que se sirvieran remitir acceso al expediente con radicado N° 05001 40 71 002 2022 00135 01, toda vez que se trata una acción de una acción de tutela entre las mismas partes, a fin de verificar si versan sobre una situación fáctica diferente.

Respuestas al libelo de tutela:

- a) **Colfondos S.A. y Tarabilla Inversiones S.A.S** no contestaron a la demanda de tutela, por lo que se tiene en cuenta la presunción de veracidad de que trata el art. 20 del Dcto. 2591 de 1991.
- b) **Seguros Bolívar S.A.** respondió argumentando improcedencia de la acción de tutela por existencia de un mecanismo de defensa ordinario e inexistencia de un perjuicio irremediable. Se refirió las objeciones que esa aseguradora formuló al

pedido de reconocimiento y pago de suma adicional que a esa aseguradora le hiciera Colfondos para completar el capital necesario para financiar la pensión de sobreviviente del menor K.A.G.R. en razón de que la señora María Yazmin Restrepo Ramírez no cumplió con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de su fallecimiento.

Expuso además que la Compañía de Seguros Bolívar S.A. no se encuentra facultada y mucho menos legitimada para resolver de fondo la solicitud del señor Brayner Campillo.

Trajo como anexos copias de:

- Carta del 19 de enero de 2022 que dirigió a Colfondos objetando pago de suma adicional sobrevivencia.
- Cartas del 13 de abril y 30 de agosto de 2022 dirigida a Colfondos, referidas a peticiones de reconsideración que ese Fondo le formulara, y reiterando ahora la objeción al pago de suma adicional.
- Póliza y certificado seguro prev de invalidez y sobrevivientes.
- Certificados de existencia y representación de Seguros Bolívar S.A.S

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado del conocimiento dictó su fallo apoyado en jurisprudencia constitucional y en consideraciones propias que derivaron en la decisión al principio mencionada.

IMPUGNACIÓN.

El actor pide revocatoria del fallo aduciendo que no concurren los presupuestos para que se configure la temeridad de la acción de tutela (causal por la cual le fueron negadas las pretensiones por el Juzgado 12 Civil Municipal de Oralidad de Medellín) pues no existe identidad en los extremos pasivos de las dos acciones de tutela, es decir la conocida por los jueces penales y la resuelta por el juez civil mencionados, pues la actual se dirige contra Colfondos y contra Seguros Bolívar S.A. y Tarabilla Inversiones. Expuso amplios argumentos en cuanto a la pertinencia del amparo que viene pidiendo, tal como se puede ver en el PDF No. 13 del expediente digital.

ACTUACIÓN SURTIDA EN LA SEGUNDA INSTANCIA.

Conociendo de la impugnación aquí no se consideró necesario solicitar otros informes o la práctica de otras pruebas al tenor de lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2.591 de 1991.

Estando aquí el expediente digital el accionante hizo llegar copia de dictamen emitido el 14 de enero de 2013 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, determinando que el síndrome de manguito rotatorio padecido por el Sr. Manco es de origen laboral.

Así, se procede en la oportunidad que esa misma norma señala a decidir lo concerniente, lo que se hará con apoyo en estas...

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Aspectos Generales de la Acción de Tutela:

La ACCIÓN DE TUTELA consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, está instituida como un mecanismo adecuado para que todas las personas reclamen ante

los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, **que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley, pues en ese sentido la acción de tutela no es una institución procesal alternativa ni supletiva.** La protección correspondiente, como lo precisa el mandato superior, consiste en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de actuar, que se imparte en un fallo de inmediato cumplimiento, pese a que puede impugnarse ante el juez competente y que en últimas el expediente debe ser remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esto último dice que el recurso de impugnación que el fallo de tutela amerite y la eventual revisión, se surten en el efecto devolutivo.

Es también previsión de la norma constitucional citada, como ya está dicho, la que predica la subsidiaridad de la acción de tutela, cuando dice que **sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que** se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Para el caso concreto es viable la formulación de acción de tutela por la parte actora frente a la parte accionada como sujeto que ha de resistir o de allanarse a las pretensiones que se le formularon, tal como lo consideró el fallo impugnado. Es decir, se estiman satisfechos los presupuestos de legitimación en la causa por activa y por pasiva.

En cuanto al principio de inmediatez no hay dificultad alguna en admitirlo cumplido en el caso que ocupa.

La jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional y el caso concreto.

Para verificar si en este caso se vulneraron los derechos cuya protección se pretende, se acudirá a la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional cuyas decisiones constituyen doctrina constitucional de obligatorio acatamiento, so pena de vulnerar la propia Ley Suprema, como lo advirtió esa máxima autoridad en cita según la cual “...resultaría inútil la función de revisar eventualmente los fallos de tutela si ello únicamente tuviera por objeto resolver la circunstancia particular del caso examinado, sin que el análisis jurídico constitucional repercutiera, con efectos unificadores e integradores y con algún poder vinculante, en el quehacer futuro de los jueces ante situaciones que por sus características respondan al paradigma de lo tratado por la Corte en el momento de establecer su doctrina.” (Sentencia T- 175 del 8 de abril de 1997)

De acuerdo con lo anterior se debe tener muy de presente que para este caso se cuenta con lo que la Máxima Falladora en materia constitucional ha establecido en reiterados pronunciamientos entre los que se puede invocar la sentencia **T-185 de 2013** que a continuación se transcribirá en los apartes que interesan para referir lo que de conformidad con la situación fáctica que ha sido planteada en esta causa, le corresponde a este despacho definir. En el citado fallo la Corte Constitucional señaló:

Configuración de la actuación temeraria y la cosa juzgada constitucional en la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia¹

1. 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 cuando se configuran y la posibilidad de que se

¹ En esta oportunidad la Sala reiterará lo establecido en la sentencia T-053 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva con relación a las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad.

presente la simultaneidad en su perfeccionamiento en una situación determinada.

1.1. *El precedente constitucional ha comprendido la temeridad de dos formas. La primera concepción expresa que dicha institución solo puede configurarse si el accionante actúa de mala fe². La segunda definición desecha ese elemento para su consolidación, en consecuencia únicamente exige para su perfeccionamiento que el accionante presente varias veces una demanda de tutela por los mismos hechos sin justificación alguna³, según la interpretación literal del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.*

Ante tal ambivalencia, la Corte concluyó que declarar improcedente la acción de amparo 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. 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”⁴.

1.1.1. *Por eso, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: “(i) [i]dentidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones⁵”⁶; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda⁷, 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 amparo es el encargado de establecer en cada caso concreto la existencia o no de la temeridad⁸. En estos eventos funcionario judicial debe atender las siguientes reglas jurisprudenciales:*

1.1.1.1. *El juez puede considerar que una acción de amparo 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 pretensiones⁹; (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 favorable¹⁰; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción¹¹; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia”¹².*

1.1.1.2. *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 derecho¹³; 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*

² Sentencias T-502 de 2008, T-1215 de 2003, T-149 de 1995, T-308 de 1995, T-443 de 1995, T-001 de 1997 y SU-1219.

³ Sentencias SU-154 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-986 de 2004 M.P. Humberto Sierra Porto, T-410 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas: De manera que para que se configure la temeridad en el ejercicio de la acción de tutela no basta con que este mecanismo sea utilizado en más de una ocasión por las mismas personas o sus apoderados, invocando la protección de los mismos derechos y apoyándose en los mismos hechos e iguales pretensiones, sino que también es menester que tal actuación esté desprovista de una razón o motivo que la justifique

⁴ Sentencia T-266 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵ 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

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ Sentencias T-560 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-053 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹ Sentencia T-149 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁰ Sentencia T-308 de 1995. MP. José Gregorio Hernández Galindo

¹¹ Sentencia T-443 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹² Sentencia T-001 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

¹³ Sentencia T-721 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis

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 demandante¹⁴. Aunque, en estos eventos la demanda de tutela deberá ser declarada improcedente.

Así mismo, el fallo T-1034 de 2005 precisó que existen supuestos que facultan a una persona a interponer nuevamente una acción de tutela sin que sea considerada temeraria, que consisten en¹⁵: i) el surgimiento de adicionales circunstancias fácticas o jurídicas. “Es más, un hecho nuevo puede ser, y así lo ha considerado la Corte¹⁶, la consagración de una doctrina constitucional que reconoce la violación de derechos fundamentales en casos similares”¹⁷; y ii) la inexistencia de pronunciamiento de la pretensión de fondo por parte de la jurisdicción constitucional.

1.1.1.3. Esta Corporación ha planteado una regla interpretativa en la que se puede encontrar la mala fe y la temeridad en una actuación, la cual responde a que el peticionario manifieste o no “la existencia de tutelas anteriores que puedan relacionarse con el mismo asunto”¹⁸, es decir, “[e] 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”¹⁹.

1.2. De otro lado, 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”²⁰. 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.”²¹

1.2.1. En sentencia C-774 de 2001²², 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”.

¹⁴ Sentencia T-266 de 2011 MP. Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁵ Sentencia T-566 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹⁶ 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.

¹⁷ Sentencia T-1034 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁸ Sentencia T-560 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁹ Decreto 2591 de 1991, artículo 37.

²⁰ Sentencias C-622 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-441 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chajub

²¹ J. Ramón Ortega R. “De las excepciones previas y de mérito” Ed. Temis. Pág. 91, 1985.

²² De fecha 26 de julio de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

La función de la institución de la cosa juzgada es otorgar a ciertas providencias el carácter de inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas, al punto que las partes no pueden ventilar de nuevo el asunto que fue objeto de resolución judicial. Además, esta Corte conforme al artículo 332 del Código de Procedimiento Civil estableció los requisitos para que una providencia adquiriera el carácter de cosa juzgada, respecto de otra, como son:

- **“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.”²³

1.2.2. *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”²⁴.*

1.2.2.1. *La Corporación indicó que las consecuencias procesales de la exclusión de revisión de un expediente de tutela, son: “(i) la ejecutoria formal y material de la sentencia de segunda instancia; (ii) la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional de las sentencias de instancia (ya sea la única o segunda instancia), que hace la decisión inmutable e inmodificable²⁵, salvo en la eventualidad de que la sentencia sea anulada por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley; y (iii) la improcedencia de tutela contra tutela”²⁶.*

1.2.2.2. *Por el contrario, si el expediente de tutela fuera seleccionado por la Corte Constitucional para su revisión, la cosa juzgada constitucional se produce con la ejecutoria del fallo que se profiere en sede de control concreto. Cabe indicar que para la configuración de la cosa juzgada se requiere: a). Que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia; b). Que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes; c). Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, sobre las mismas pretensiones; d). Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos hechos”²⁷.*

1.2.2.3. *Conjuntamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido varios eventos en los que queda desvirtuada la cosa juzgada entre acciones de tutela, como son²⁸: i) una nueva solicitud de amparo que se fundamenta en hechos nuevos, que no habían sido tenidos en cuenta con anterioridad por el juez; y ii) alegar nuevos*

²³ Sentencia C-744 de 2011 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁴ Sentencia T-649 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁵ Sentencia T-813 de 2010 M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁶ Sentencia T-053 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁷ Sentencia T-649 de 2011 y T-053 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁸ Sentencia T-560 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

elementos fácticos o jurídicos que fundan la solicitud, los cuales fueron desconocidos por el actor y no tenía manera de haberlos conocido en la interposición de la primera acción de tutela.

1.3. *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”²⁹.*

1.4. *En suma, 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.*

EL CASO CONCRETO.

La presente acción de tutela está dirigida contra Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y contra la empleadora de la extinta trabajadora Sra. María Yazmin Restrepo Ramírez, esto es la sociedad Tarabilla Inversiones S.A., y ahora además contra Seguros Bolívar S.A. y tiene como fin último el que se ordene el reconocimiento de pensión de sobreviviente para el hijo de la Sra. Restrepo hoy menor de edad identificado por las iniciales de su nombre K.A.G.R., pensión que Colfondos le viene negando bajo el argumento de que al 4 de julio de 2021 fecha del fallecimiento de la señora Restrepo ella no tenía 50 semanas cotizadas en los tres últimos años, esto es en el período comprendido entre el 4 de julio de 2018 y el 4 de julio de 2021, pues solo tenía 47,14 semanas cotizadas en ese lapso, dado que los aportes correspondientes a los meses de mayo y junio de 2021 no fueron tenidos en cuenta dentro del cálculo de la cobertura, porque el pago de esos períodos se realizó con posterioridad a la fecha de fallecimiento de la afiliada.

Según antes se anotó, en esta acción constitucional ni Colfondos, ni Tarabilla Inversiones S.A. se sirvieron dar contestación alguna, únicamente al respecto se pronunció Seguros Bolívar para indicar que no es la competente para resolver la petición de sustitución de pensión y que había objetado una reclamación que le formuló Colfondos en razón a que la extinta trabajadora al momento de su fallecimiento no tenía cotizadas 50 semanas

Se destaca por este Despacho que antes de la presente acción constitucional fue interpuesta una primera tutela solamente contra Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y contra Tarabilla Inversiones S.A., de la cual conoció en prime instancia el Juzgado 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías para Adolescentes de Medellín, quien por fallo del 21 de abril de 2022 negó la tutela “por improcedente por existir otros mecanismos jurisdiccionales para invocar la acción aquí planteada”

²⁹ *Ibidem.*

Dado lo anterior concluyó el Juzgado Doce Civil Municipal de Oralidad en su sentencia del 12 de enero de 2023, que es aquí objeto de análisis en razón de la impugnación, que los hechos expuestos y lo pretendido ante ese Despacho Civil coincidían con la acción de tutela conocida y fallada por el Juzgado 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías para Adolescentes de Medellín, por lo que esta segunda demanda de tutela constituye un ejercicio temerario y un abuso del mecanismo constitucional, y en consecuencia la declaró improcedente.

Sin embargo, omitió indicar el Juzgado 12 Civil Municipal de Oralidad que la sentencia del Juzgado 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías para Adolescentes de Medellín fue revocada el 6 de junio de 2022 por el Juzgado 2º Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento, quien contrario a la primera instancia, sí encontró satisfecho el requisito de subsidiaridad en razón de las circunstancias especiales que rodean al menor de edad y por ello pasó a analizar el fondo del asunto, refiriéndose a la figura de **ALLANAMIENTO A LA MORA** y exponiendo en la parte considerativa de su fallo que:

“Resulta evidente que la falta de reconocimiento por parte de COLFONDOS de las semanas legalmente cotizadas por la trabajadora María Yazmín Restrepo Martínez, consignadas aún de forma extemporánea, afecta evidentemente la dignidad humana del adolescente (K.A.G.R.), en tanto que es un sujeto de especial protección y que reconociendo estas mesadas como lo demanda la ley de Seguridad Social, se cumplen, a criterio de esta Judicatura, los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente que aquí se reclama.”

“Es claro entonces, que estamos frente a una situación en la cual la tutela se convierte en el mecanismo idóneo, con el objetivo de proteger el derecho fundamental a la seguridad social, pues dadas las circunstancias del caso se torna exigible por vía de amparo constitucional.

En el caso objeto de estudio, el accionante dispone en principio, de otros mecanismos de defensa judicial para solicitar la pensión de sobreviviente de (K.A.G.R.), sin embargo, considera este despacho que estos mecanismos no revelan la premura suficiente para la protección del derecho a la seguridad social, pues al tratarse de un menor de edad, hace que requiera la protección inmediata de sus derechos prevalentes.”

Luego más adelante concluyó es Juzgado Penal de Circuito:

“En suma, esta Judicatura luego del transliterado jurisprudencial y teniendo en cuenta que el menor (K.A.G.R.), se trata de un sujeto de especial protección constitucional cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás, y tras adelantar una labor probatoria que permitiera contar con los elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión de fondo, observando que LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLFONDOS, está vulnerando los derechos fundamentales a la vida-mínimo vital y vida digna del menor, se procederá a proteger sus derechos fundamentales a la vida, vida digna y mínimo vital, ordenando a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLFONDOS, que en el término cuarenta y ocho (48) horas, a partir de la notificación de esta decisión, proceda a reconocer los aportes correspondientes a las mesadas de mayo y junio de 2021 y realice nuevamente el estudio del derecho de petición formulado por el actor y se le brinde una respuesta de fondo, clara y congruente.”

“Así entonces, teniendo en cuenta las precedentes consideraciones, esta Judicatura **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Tercero Penal Para Adolescentes con Control de Garantías de Medellín, y por consiguiente **TUTELARÁ** los derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo Vital, y a la protección constitucional reforzada por ser el reclamante un menor de edad.”

La parte resolutive de tal fallo quedó expresada, así:

F A L L A:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, emitida por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, mediante la cual se resolvió declarar improcedente el amparo y, en su lugar, **TUTELAR** el derecho fundamental a la seguridad social, al mínimo Vital, y a la protección constitucional reforzada por ser el reclamante (K.A.G.R.), **menor de edad.**

SEGUNDO: ORDENAR a **COLFONDOS S.A.**, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, a partir de la notificación de esta decisión, proceda a corregir la historia laboral de MARÍA YAZMÍN RESTREPO RAMÍREZ teniendo en cuenta los aportes correspondientes a los meses de mayo y junio de 2021, y realice nuevamente el estudio del derecho de petición formulado por el actor y se le brinde una respuesta de fondo, clara y congruente, so pena de desacato.”

En su impugnación y de la que ahora se ocupa este Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad, indica el actor que, en el primero de los trámites, es decir, el adelantado en el Juzgado 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías para Adolescentes de Medellín el fallo declaró la improcedencia de la acción por incumplir el requisito de subsidiariedad. Por su parte, el ad quem consideró que la tutela era procedente y decidió conceder el amparo con base en consideraciones que determinaron que el menor de edad cumplía con las condiciones para acceder a la pensión de sobreviviente. No obstante, lo considerado por el ad quem no se reflejó de forma directa en su apartado resolutorio, pues simplemente ordenó a Colfondos que corrigiera la historia laboral de la afiliada fallecida y volviera a realizar un estudio del derecho de petición formulado por el señor Brayner Restrepo.

Esta orden judicial, dice el impugnante, desconoció abiertamente el material probatorio que constaba en el plenario pues la historia laboral de María Yazmín no debía ser corregida ya que no tenía ningún error. Por el contrario, y aun cuando los meses de mayo y junio constaron siempre en la historia laboral, Colfondos se negaba a tenerlos en cuenta para efectos de la contabilización de semanas bajo el argumento de que se pagaron con posterioridad al fallecimiento de la afiliada. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que el fallo de segunda instancia no contiene una orden directa de reconocer la pensión en favor del menor tutelante, Colfondos simplemente aludió que en la historia laboral ya se encontraban incluidos los meses de mayo y junio de 2022, pero que aun así no era posible reconocer la prestación pensional por cuanto se habían pagado con posterioridad a la fecha del fallecimiento; además de que Seguros Bolívar estaba objetando la suma adicional por igual motivo.

El accionante en sus argumentos de impugnación aduce que yerra el juez de primera instancia al no dar por probado, estándolo, que existen circunstancias habilitantes para promover esta nueva acción de tutela, en la que no concurren los requisitos que configuren temeridad, pues en la primera tutela que interpuso la sentencia no le sirvió para nada, pues sigue el menor de edad sin tener acceso a la pensión a la que tiene derecho, y por tanto no puede predicarse que el corriente asunto haya sido resuelto de fondo; y que para tal menor no existe el medio ordinario idóneo como vía jurídica para alcanzar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, teniendo en cuenta las condiciones especiales en que se encuentra.

La afirmación de la parte actora en cuanto a que la primera sentencia no le sirvió de nada, refiriéndose a la del Juez Penal del Circuito que revocando dijo concederle el amparo, radica en que al formular incidente de desacato y ante la ambigüedad de la parte resolutive del fallo revocador, el Juez Penal Municipal a quien le correspondía tramitar el desacato, creyó plenamente satisfecha la orden proferida por su Superior Funcional con la respuesta emitida por Colfondos el 19 de julio de 2022, en la que indicó que en la historia laboral de la extinta trabajadora ya fueron incluidas las mesadas de mayo y junio de 2021, pero que no pueden ser tenidas en cuenta en el cálculo de cobertura, toda vez que el pago de esos períodos se realizó con posterioridad a la fecha del fallecimiento de la afiliada. Además, Seguros Bolívar objetó el pago de suma adicional, y se reiteró la objeción al reconocimiento de la pensión de sobreviviente por no cumplimiento del requisito de 50 semanas cotizadas previas al fallecimiento de la afiliada. – Es decir que el incidente de desacato fue resuelto negativamente.

Como se ha dicho, la causal para la denegación de las pretensiones en la primera instancia tramitada por el Juzgado 12 Civil Municipal de Oralidad radica o consiste en que estimó que por haberse ya antes presentado otra acción de tutela donde se elevaron las mismas pretensiones y contra las mismas accionadas, donde las pretensiones fueron denegadas, por lo que el actor había incurrido en un proceder temerario con esta otra acción constitucional.

Al respecto cabe precisar que efectivamente es cierto que otra acción de tutela similar a esta, salvo que ahora se dirige contra otra persona jurídica adicional, cual es una aseguradora, fue interpuesta pretendiéndose el amparo de derechos constitucionales con el fin último de que se reconozca y pague una pensión de sobreviviente a un menor de edad que padece trastornos de tipo psicológico y que incluso ha tenido intentos de suicidio, y tal petición de reconocimiento precisamente en razón del fallecimiento de su señora madre quien era la única persona que velaba por su sostenimiento, pensión que le ha sido negada bajo el argumento de que la extinta señora madre no tenía cotizadas 50 semanas al momento de su fallecimiento, pero también es cierto que si bien en un fallo anterior y precisamente de segunda instancia se dijo en su parte motiva que el menor era merecedor de protección constitucional, también es evidente que la parte resolutive de esa sentencia de segunda instancia no concedió el amparo en la forma que venía argumentando que era pertinente, sino que se limitó a ordenar a COLFONDOS que procediera a corregir la historia laboral de la extinta MARIA YAZMIN RESTREPO RAMIREZ teniendo en cuenta los aportes correspondientes a los meses de mayo y junio de 2021 y que realizara nuevamente el estudio del derecho de petición y brindara una respuesta de fondo, clara y congruente.

Si bien las pretensiones y los hechos en las dos acciones de tutela son idénticos, incluso el actor y dos de las accionadas son los mismos, estima esta agencia judicial que en torno a los derechos del menor para quien se viene pidiendo la sustitución de pensión **surgió un nuevo hecho que justifica la presentación de la nueva solicitud de amparo, esta que ocupa ahora**, y que era imposible haberse tenido en cuenta ese hecho con anterioridad. Tal hecho es precisamente el consistente en que como lo destaca el impugnante, en la sentencia del Juzgado 2º Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento, **no se reflejó de forma directa el amparo que en su parte**

motiva estimaba pertinentes, pues no contuvo una orden directa de reconocer la pensión en favor del menor, sino que simplemente se limitó a ordenar a Colfondos que corrigiera la historia laboral de la afiliada fallecida y volviera a realizar un estudio del derecho de petición, cuando en realidad afirma el impugnante, tal historia laboral no debía ser corregida, ya que no contiene ningún error, pues los meses de mayo y junio constaron siempre en la historia laboral, solo que Colfondos se niega a tenerlos en cuenta para contabilizar las semanas cotizadas porque se pagaron con posterioridad al fallecimiento de la trabajadora afiliada.

Efectivamente, la ambigüedad de la parte resolutive del fallo del Juzgado 2º Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento, dio lugar a que Colfondos en cumplimiento del fallo respondiera que en la historia laboral se encontraban incluidos los meses de mayo y junio de 2021, pero que no serían tenidos en cuenta para el cálculo de la cobertura porque el pago de esos períodos fue realizado con posterioridad a la fecha de fallecimiento de la afiliada. Es decir, que a pesar de la sentencia que argumentaba pertinente el amparo constitucional, este amparo no se otorgó en la práctica, ni tampoco fue negado, y solamente provocó que en cumplimiento de su parte resolutive Colfondos repitiera la respuesta negativa que venía dando a la petición de pensión.

Dado entonces tal aludido hecho nuevo cabe **descartar** la improcedibilidad de la actual acción de tutela por la causal de temeridad argumentada en la primera instancia; temeridad que aquí no se encuentra configurada y por ende se revocará la decisión impugnada para pasar a verificar si en las actuales circunstancias debe o no concederse el amparo pretendido. Para ello se tendrá en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia T-243 de 2010 que se ocupó de un caso similar al que ahora ocupa:

Cuarta. Reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y la obligación de probar la existencia de un perjuicio irremediable.

Como punto de partida, se debe indicar que la pensión de sobrevivientes está llamada a ofrecer un marco de protección a los allegados más cercanos y que dependían del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte, quienes deben sujetarse a unos parámetros normativamente señalados, para efectos de su reconocimiento.

De otra parte, esta corporación ha considerado³⁰ que, por regla general, la acción de tutela, dada su naturaleza residual y subsidiaria, no es el medio judicial idóneo para lograr el reconocimiento de derechos de contenido pensional, pues la discusión que se plantea está centrada en la declaración de la existencia de derechos litigiosos, aspecto que suscita necesariamente un debate de estirpe legal, contrario a la labor propia del juez constitucional, dirigida a la protección de los derechos fundamentales, de no contarse con otra vía judicial idónea.

Por tal razón, el ordenamiento jurídico ha establecido que en estos eventos, es en la jurisdicción ordinaria o la contenciosa administrativa, según el caso, donde ha de verificarse el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley, con el objeto de definir si se tiene derecho o no a la prestación reclamada.

Así lo ha expresado la Corte Constitucional, por ejemplo en sentencia T-083 de 2004 (febrero 4), M. P. Rodrigo Escobar Gil, al indicar que aceptar la tesis de que el juez de tutela tiene competencia preferente para resolver conflictos relacionados con derechos de contenido prestacional, sería indiscutiblemente contrario a los lineamientos señalados en el artículo 86 de la Carta, de donde emana la procedencia de la acción tutelar sólo cuando el afectado no disponga de otro medio efectivo de defensa judicial.

Lo anotado en precedencia no conduce a descartar que pueda excepcionalmente ser viable el reconocimiento de estos derechos mediante acción de tutela, eventualmente como mecanismo transitorio cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, o de manera definitiva al ser palmaria la situación de precariedad e indefensión en que se halle el solicitante, aspectos que deberán ser cuidadosamente analizados por el juzgador en cada

³⁰ T-335 de mayo 4 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

caso concreto, particularmente si del contenido prestacional del derecho se trasciende contra derechos fundamentales como la dignidad humana y el mínimo vital.

Por otra parte, ha indicado esta corporación que si el accionante aduce la existencia de un perjuicio irremediable, es su deber demostrarlo. En sentencia T-236 de 2007 (marzo 30), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se acotó al respecto:

“... si se alega como perjuicio irremediable la afectación del mínimo vital, la Corte ha señalado que si bien en casos excepcionales es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de pago de alguna acreencia laboral, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria. Esta Corporación ha reconocido que la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones.”³¹

Así, constatados los elementos que conforman un perjuicio irremediable, como son la urgencia, la gravedad, la inminencia y la impostergabilidad, es claro que deberán ser probados por lo menos sumariamente, para efectos de lograr la protección de los derechos fundamentales en sede de tutela.

Quinta. El caso concreto.

5.1. La Sala entra a estudiar si en el presente caso el perjuicio irremediable referido por la actora se encuentra probado, y si, de resultar evidente, exige medidas que prevengan la prolongación del daño.

5.2. En principio, la situación de la actora la hace titular de la especial protección del Estado, pues es una madre cabeza de hogar que dependía económicamente del fallecido; de esa manera, no obstante cumplir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por la falta de pago de tal prestación se le está afectando el mínimo vital, máxime cuando afirma en su demanda no contar con ingreso alguno ni tener la posibilidad de acceder a otras fuentes de sustento, y que sus menores hijos de 5 y 7 años de edad, dependen exclusivamente de su cuidado³².

Por otra parte, en reiterada jurisprudencia³³ esta corporación ha señalado que el pago extemporáneo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por parte del empleador no puede incidir en el reconocimiento de la pensión de vejez, invalidez o de sobrevivencia, pues no obstante la falta de la transferencia de las respectivas sumas a la entidad administradora del régimen, al trabajador se le hacen las respectivas deducciones, de modo que él resulta ajeno a la situación de mora, la cual, de otra parte, debe ser corregida por dichas entidades administradoras mediante los mecanismos judiciales a su alcance, sin que los efectos de la misma puedan recaer en el trabajador.

Se tiene así, que aún si Colfondos Pensiones y Cesantías estima que *“no cumpliría con la totalidad de los requisitos exigidos por la ley 100 de 1993 específicamente con lo estipulado en el artículo 46 numeral 2° modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003”*, el hecho de que respecto de algunas de las cotizaciones el patrono del causante se encontrara en mora, tal como se acepta (*“C&D Construcciones y Diseños Ltda., no pagó en forma oportuna los aportes que le correspondían en su momento esa omisión no exime a las aseguradoras de su obligación por cuanto por el tiempo aportado, como ya se mencionó, es más que suficiente para que la accionante tenga derecho a percibir la mesada pensional de esas entidades”*), no es asunto que pueda ser oponible por la administradora de pensiones a los familiares del trabajador, no habiéndose desplegado actividad alguna para requerir o cobrarle por la vía apropiada al empleador incumplido.

Tal como se ha explicado, el objeto de la sustitución pensional es proteger a la familia, porque a través de ella se garantiza a quienes compartían de manera más cercana su vida con el causante, el acceso a los recursos necesarios para continuar subsistiendo en condiciones dignas, con un nivel de vida similar al que gozaban con anterioridad al fallecimiento del pensionado³⁴; en ese mismo sentido, se ha precisado que la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban cuando vivía el pensionado.

³¹ SU-995 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz: *“... en esta clase de procesos preferentes y sumarios, el régimen probatorio está orientado por las facultades excepcionales que confiere el Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo, especialmente en los artículos 18, 20, 21 y 22. Además, en la aplicación de las reglas de la sana crítica, debe partir el fallador del principio de la buena fe, constitucionalizado en el artículo 83 de la Carta de 1991.”* En el mismo sentido, ver T-1088 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

³² Estas afirmaciones de la accionante (f. 7 cd. inicial), que no fueron controvertidas por la entidad demandada, se añan a las declaraciones que reiteran su precaria situación económica.

³³ T-008 de enero 19 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁴ T-813 de octubre 3 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

5.3. De otra parte, recalcando la Sala sobre el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, que no está concebida como vía sucedánea de los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico común, a menos que se impetre como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (arts. 86 Const. y 6°, numeral 1°, D. 2591 de 1991), encuentra que tal perjuicio se infiere de la afectación al mínimo vital, aseveración de la actora que no ha sido rebatida.

En consecuencia, la Sala estima que es procedente acceder, en esa forma transitoria, a la solicitud de la señora Liliana Vianney Santana Guarín, nacida el 17 de septiembre de 1976, para ampararle los derechos a la seguridad social y al mínimo vital suyo y de sus dos menores hijos, que le están siendo vulnerados por Colfondos Pensiones y Cesantías al no reconocerle la sustitución de la pensión asignada a su difunto esposo Janssen Alec Cifuentes Forero.

5.4. Por consiguiente, será revocada la sentencia proferida en junio 6 de 2007 por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, que confirmó la dictada en abril 19 del mismo año por el Juzgado Cincuenta y Dos Penal Municipal de esta ciudad.

En su lugar se concederá la tutela, como mecanismo transitorio para proteger los mencionados derechos, decisión que regirá hasta que la jurisdicción ordinaria resuelva la acción que la señora Liliana Vianney Santana Guarín debe formular o, si no la instaura, hasta que transcurran cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia (art. 8° D. 2591 de 1991).

En tal virtud y sin perjuicio de lo anterior ni del reconocimiento definitivo que Colfondos Pensiones y Cesantías pueda realizar voluntariamente, se ordenará a dicha empresa, a través de su representante legal o quien haga sus veces que, si aún no lo ha realizado, dentro del término de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia emita la determinación a través de la cual le otorgue la pensión de sobreviviente a la señora Liliana Vianney Santana Guarín.

Además de lo anterior y más recientemente la Máxima Falladora Constitucional expuso, en Sentencia T-502 de 2020:

Reiteración de jurisprudencia sobre el allanamiento a la mora en el pago extemporáneo de aportes y cotizaciones pensionales

15. La Corte ha abordado en numerosas oportunidades³⁵ el mismo tema que ocupa el problema jurídico del presente caso (fundamento jurídico 2). Sobre este aspecto se han fijado las siguientes **reglas jurisprudenciales**:

(i) Cuando existe un vínculo laboral vigente y el empleador no paga las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, incumple la obligación establecida en el artículo 22³⁶ de la Ley 100 de 1993³⁷, y la Administradora de Fondos de Pensiones a la que esté afiliado su trabajador debe, conforme lo dispone el artículo 24³⁸ de la referida ley, adelantar las acciones de cobro de los respectivos aportes adeudados.

(ii) Cuando la Administradora de Fondos de Pensiones no adelanta las acciones de cobro que le corresponden para obtener la cancelación de los aportes que adeuda un empleador, y acepta el pago extemporáneo, éste se tomará como efectivo y, por consiguiente, debe ser traducido en tiempo de cotización, pues se entenderá que se allanó a la mora.

(iii) Cuando se efectúen cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez y que correspondan a ciclos causados con anterioridad a la misma, y las entidades

³⁵ Al respecto ver, entre muchas otras, las Sentencias T-553 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-205 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-664 de 2004, M. P. Jaime Araujo Rentería, T-043 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-498 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo, T-042 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-761 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa, T-080 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-398 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-300 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-617 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-230 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, T-505 de 2019, M.P. Carlos Bernal Pulido.

³⁶ Ley 100, artículo 22: "Obligaciones del Empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. // El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador".

³⁷ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

³⁸ Ley 100, artículo 24: "Acciones de Cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo."

encargadas de administrar el Sistema General de Pensiones aceptan dichos pagos, se presenta la figura del allanamiento a la mora, lo cual implica que los dineros pagados extemporáneamente convalidan dichos aportes, en la medida en que no se objetaron en el momento en que fueron recibidos.

16. A partir de ello, serán estas reglas jurisprudenciales las que se tendrán en cuenta para determinar si en esta oportunidad Protección S.A. vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.”

Como tantas veces se ha dicho por este Despacho Civil del Circuito, se trata aquí de pretensiones de amparo de derechos constitucionales, tendientes a obtener reconocimiento y pago de sustitución de pensión a favor de un menor de edad, más concretamente un adolescente, dado que tiene 15 años de edad, quien sufre trastornos médicos diagnosticados según la historia clínica aportada de “F900 PERTURBACIÓN DE LA ACTIVIDAD Y DE LA ATENCIÓN, F638 OTROS TRASTORNOS DE LOS HÁBITOS Y DE LOS IMPULSOS, F913 TRASTORNO Opositor DESAFIANTE, F321 EPISODIO DEPRESIVO MODERADO” y según informa la misma historia ha tenido 5 intentos de suicidio; es decir que no solo por su edad, sino también por su estado de salud mental, es sujeto de protección constitucional. A quien por ello este Despacho considera en estado de vulnerabilidad y en razón a que dependía económica y afectivamente de su señora madre quien falleció dejándolo prácticamente desamparado, pues según el libelo no ha contado con la asistencia y cuidado de su padre, de quien, y según documento emitido por el ICBF al que más adelante se hará alusión, se desconoce su ubicación, y entonces quedó al cuidado de su medio hermano, con el que según la misma historia clínica lo narra ha intentado vivir, pero le ha sido difícil, por lo que también ha residido con la abuela, como dice el libelo, pero en todo caso siendo su hermano y su abuela personas de escasos recursos económicos a quienes les queda difícil asumir los costos de manutención y atenciones básicas del menor K.A.G.R., respecto de los cuales costos se aportaron algunas pruebas documentales, y que son situaciones de salud y económicas, además de factores familiares narrados, que no han sido puestas en duda y menos desvirtuadas por ninguna de las entidades accionadas.

Es más, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Aburrá Sur de la Regional Antioquia del ICBF, según documento también allegado con la acción de tutela, el 29 de agosto de 2021 avocó conocimiento de diligencias de protección y de apertura de investigación administrativa de restablecimiento de derechos respecto del menor K.A.G.R. quien para esa fecha contaba con 14 años de edad, y dispuso ciertas medidas de protección como allí puede apreciarse.

Queda claro entonces de lo anterior, que el aludido menor es sujeto protección constitución prioritaria o preferencial, que de no brindársele podría verse abocado a sufrir un perjuicio irremediable, en tanto que la pensión que se viene reclamado a su favor y a falta de madre por su fallecimiento, a falta de padre porque se desconoce su paradero, y a falta de parientes que cuenten con suficientes capacidad económica para sustentar sus gastos ordinarios, es tal pensión el único medio de sustento, que de no contar con él, agravaría su deteriorado estado de salud mental ya comentado, lo que deja de lado en razón de la urgencia la vía ordinaria laboral que demanda ciertos tiempos para la resolución final.

Teniéndose lo anterior clarificado, se pasa ahora a considerar la causal de objeción al reconocimiento de pensión que ante las reclamaciones ha hecho COLFONDOS quien no se dignó contestar esta tutela, (Lo que da lugar a la presunción de veracidad según el art. 20 de Dcto. 2591 de 191) que es la misma causal de objeción que SEGUROS BOLÍVAR informó al juzgado al comparecer a este trámite. Es decir, la consistente en que la señora madre del menor reclamante Sra. Yazmin Restrepo, al momento de su deceso solamente contaba con 47,14 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones durante los últimos tres años, esto es entre el 4 de julio de 2018 y el 4 de julio de 2021,

pues los meses de mayo y junio de 2021 no fueron tenidos en cuenta porque fueron cotizados en julio y agosto de 2021, es decir con posterioridad a la fecha del fallecimiento de la trabajadora.

Según ello, COLFONDOS sí recibió el pago de dos meses, o el equivalente a 8 semanas, sin objeción alguna a pesar de que ese pago se refería a cotizaciones causadas meses atrás y precisamente correspondientes o pertenecientes o comprendidos dentro del período de los tres años anteriores a la muerte de la trabajadora, tiempo durante el cual a ella su empleador le hizo las correspondientes deducciones salariales y seguramente provisionó el porcentaje que su turno debía asumir y pagar tal empleador para el Sistema de Seguridad Social, para completar lo correspondiente al 16% del salario devengado por la Sra. Restrepo, donde el 75% está a cargo del empleador y el 25% a cargo del trabajador.

Obviamente las cotizaciones o pagos al fondo de pensiones es obligación del empleador quien es el que retiene del salario de su trabajadora un porcentaje, y pone de su parte otro monto, para completar la cotización, pero también es obligación del Fondo de Pensiones hacer efectivo el cobro de los aportes causados y no pagados por el empleador (Arts. 22 y 24 de la Ley 100 de 1993), ocurriendo que se no hacer el FONDO el cobro oportunamente y en cambio sí recibe el aporte así sea extemporáneo, tal recibo de pago, tal como arriba indica la jurisprudencia constitucional allana la mora, y no puede para efectos pensionales desconocer ese pago ya recibido como no comprendido dentro del período de los últimos tres años que daría derecho al reconocimiento pensional, y por lo tanto debe traducir ese pago extemporáneo en real tiempo de cotización, o lo que es lo mismo en convalidación de aportes en la medida en que esos pagos no fueron objetados en el momento o fecha en que fueron recibidos.

De todo lo anterior se concluye que se encuentran satisfechos los presupuesto o requisitos decantados por la Corte Constitucional y que aparecen en transcripción anterior, para que proceda por vía de tutela la orden de reconocimiento y pago de sustitución pensional como en este caso ocurre, pues con el pago de aporte o cotización a pensión extemporáneo que el FONDO DE PENSIONES recibió sin objeciones correspondiente a dos meses, allanado tal mora, queda claro que la trabajadora cotizó durante sus últimos tres años más de las 50 semanas necesarias, pues al fallecer contaba con 47.14 semanas cotizadas efectivamente, más 8 semanas cotizadas extemporáneamente con recibo del FONDO sin objeciones, por lo que esas otras 8 semanas tienen que sumarse a las mencionadas 47.14, de manera que así se cumple el requisito de 50 semanas cotizadas, como parte de los requisitos necesarios para el reconocimiento y pago de la pensión.

En conclusión, el amparo pretendido debe ser concedido, ordenándose al FONDO DE PENSIONES COLFONDOS S.A. y por ende también a la SEGURADORA BOLÍVAR S.A. en lo que a esta última corresponda, que procedan a reconocer y a pagar el derecho pensional de que aquí se ha tratado, pues ninguna alegó que el menor destinatario no cumpliera otros requisitos necesarios para ello, sino que las objeciones se limitaron a que la extinta trabajadora no tenía cotizadas 50 semanas dentro de los últimos tres años a su deceso, lo cual ha quedado desvirtuado en esta acción de tutela en la que se destacó la obligatoriedad de parte del FONDO de tener en cuenta dos meses de cotización extemporánea, con lo cual tal requisito de 50 semanas queda cabalmente satisfecho, no sobre reiterar.

Sin embargo, la orden correspondiente a tal reconocimiento y pago de derecho pensional estima este Despacho que debe emitirse **no** como definitiva como en muchos casos lo ha hecho la Corte Constitucional, sino que **se emitirá como MECANISMO TRANSITORIO** para evitar perjuicios irremediables al menor beneficiario, por lo que la orden permanecerá vigente solo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción que tal menor deberá instaurar ante los señores Jueces Laborales pretendiendo el reconocimiento y pago de la sustitución de pensión, dentro del término máximo de cuatro (4) meses a partir de este fallo de tutela, tal como lo tiene establecido

el art. 8 del Dcto. 2591 de 1991, advirtiéndose que de no instaurarla cesarán los efectos del presente fallo.

De tal manera, y no obstante lo ya considerado por esta agencia judicial en cuanto a la pertinencia del amparo para el reconocimiento de la sustitución pensional, ante los jueces laborales tendrán amplia oportunidad el Fondo de Pensiones, la aseguradora y la sociedad empleadora, etc. frente al menor aludido, de llevar a cabo un amplio debate en torno a los derechos y obligaciones de cada una de las partes.

A mérito de lo expuesto que el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, adopta la siguiente

DECISIÓN:

- 1) **REVOCAR el fallo del 19 de enero de 2023** pronunciado por el Juzgado Doce Civil Municipal de Oralidad de Medellín que negó las pretensiones de tutela **y en su lugar SE AMPARAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES** a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna del menor adolescente K.A.G.R., por quien viene actuando su hermano mayor de edad BRAYNER CAMPILLO RESTREPO.
- 2) **ORDENAR** al COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ASEGURADORA BOLÍVAR S.A. en lo que a esta compete, que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, reconozcan y paguen la pensión de sobreviviente solicitada para el menor K.A.G.R.
- 3) **PRECISAR** que la anterior orden de emite como **MECANISMO TRANSITORIO** y la misma permanecerá vigente solo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción que tal menor deberá instaurar ante los señores Jueces Laborales dentro del término máximo de cuatro (4) meses a partir de este fallo de tutela, tal como lo tiene establecido el art. 8 del Dcto. 2591 de 1991, **advirtiéndose que de no instaurarla cesarán los efectos del presente fallo.**
- 4) **ORDENAR** que esta decisión se notifique a las partes y al Juzgado del conocimiento en primera instancia por correo electrónico institucional que es el medio más expedito e idóneo.
- 1) **DISPONER** que, en la oportunidad pertinente, se envíe el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ALEJANDRO GÓMEZ OROZCO

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN

En la fecha, digitalmente generada, se notifica la providencia precedente, PERSONALMENTE con su remisión (Ley 2213 de 2022) o por ESTADOS ELECTRÓNICOS (C.G.P.), cuyo número de estado y contenido de la actuación, inclusive para efectos de constatar su autenticidad, hallará alojado en el Micrositio asignado a este Juzgado por la Rama Judicial, en la fecha y con el radicado correspondiente, en la siguiente dirección: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-001-civil-del-circuito-de-medellin/105>.

Adriana Patricia Ruiz Pérez
Secretaria