

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicado: (053) **2020 – 00266 01**
Proceso: Acción de Tutela (SEGUNDA INSTANCIA)
Accionante: Clemencia Dimate Peñaloza
Accionados: Colfondos Pensiones y Cesantías, Seguros Bolivar y Mapfre
Asunto: **SENTENCIA**

Agotado el trámite que le es propio a esta instancia, se resuelve lo pertinente a la impugnación presentada por Clemencia Dimate Peñaloza, contra el fallo de fecha 18 de junio de 2020 proferido por el Juzgado Cincuenta y Tres Civil Municipal de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1.- Supuestos Fácticos

La señora Clemencia Dimate Peñaloza, propone acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo lo vital, a la igualdad y a la dignidad humana, la cual sustenta en los siguientes hechos:

1.1.- Qué es una mujer próxima a cumplir 51 años.

1.2.- Que cuando era una niña tuvo un accidente, con quemaduras de tercer grado en gran parte de su cuerpo, su rostro quedó desfigurado y sufrió la amputación de su mano derecha, por lo cual fue necesario someterse a múltiples cirugías para reconstruir parte de su rostro y rehabilitar la porción del brazo que le quedo funcional luego de la amputación.

1.3.- Que padece de artritis reumatoidea progresiva, enfermedad que tiene afectada gran parte de su cuerpo, especialmente las extremidades y la motricidad, por lo que progresivamente ha ido perdiendo la capacidad de realizar las actividades básicas de la vida cotidiana, además de los dolores que generalmente son insoportables e incapacitantes.

1.4.- Que en el año 2017 solicitó a Colfondos Pensiones y Cesantías, fuera valorada por la Junta Médica, para que se emitiera calificación y dictamen de porcentaje de pérdida de capacidad laboral el origen y la fecha de estructuración de la posible invalidez con miras a lograr una pensión por esta causa.

1.5.- Que Seguros Bolívar mediante dictamen de calificación 208868061631 del 9 de marzo de 2017, estableció una pérdida de capacidad laboral de origen común, con un porcentaje de 73.63% y fecha de estructuración del 28 de abril de 2014, el cual no fue apelado por ninguna de las partes, conforme con la información suministrada por la misma aseguradora el 15 de mayo de 2017.

1.6.- Que a pesar de cumplir con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que establece el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, la compañía de Seguros Mapfre S.A. y de conformidad con lo informado por Colpensiones, negó la petición de pensión por invalidez, por haber registrado una cotización de 39 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, faltándole 11 semanas para cumplir el requisito de las 50 semanas establecidas en la ley 100 de 1993.

1.7.- Que, por desconocimiento de la norma y mala orientación por parte de Colfondos, no presentó recurso de reposición en contra de dicha decisión, ante la sugerencia de uno de sus funcionarios, con la promesa de que su caso sería valorado nuevamente por la entidad, sin embargo, esto nunca sucedió.

1.8.-Que el 5 de septiembre de 2017, solicitó ante Colfondos se reconsiderará el otorgamiento de la pensión, alegando la progresividad de las patologías que padece y apelando a los parámetros constitucionales en caso de concesión de pensiones de invalidez por enfermedades degenerativas.

1.9.- Qué mediante comunicación de fecha 31 de octubre de 2017, Colfondos le informó que no accedía a su petición de reconsideración y por ende procedían a dar traslado de la misma a la aseguradora seguros Bolívar, para que fuera está quien

determinará si hay lugar a la aplicación de la póliza previsional y a reconsiderar la negativa.

1.10.- Que posteriormente en escrito del 4 de diciembre de 2017, Colfondos le informó que la compañía de seguros Bolívar, no accedió a la petición de reconsideración alegando que la fecha de estructuración de la enfermedad se encuentra por fuera de la vigencia de la póliza de seguros contratada entre las entidades.

1.11.- Que el 22 de diciembre de 2017, insistió en la petición de reconsideración de la pensión, la cual fue resuelta mediante oficio de fecha 9 de enero de 2019, en el que se le informó que la persona que le había prestado asesoría ya no laboraba más en esa entidad y que su caso se daba por cerrado con la comunicación del 4 de diciembre de 2017.

1.12.- Que, mediante escrito del 05 de octubre de 2018, insistió en la reconsideración de su pensión recibiendo respuesta el día 29 de octubre de 2018, en la que Colfondos le indica que remitirá la solicitud a la Aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., para que determine la posibilidad de la financiación de la pensión.

1.13.- Qué mediante comunicación del 12 de diciembre de 2018 Colfondos le informó frente a la petición de reconsideración, que se encontraba aprobada una devolución de saldos y que de conformidad a la respuesta dada por la Compañía de Seguros Mapfre, no cumplía con los requisitos para obtener la pensión de invalidez, argumentando que no cuenta con el total de semanas cotizadas, tal como establece la ley 100 de 1993, es decir, un total de 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad toda vez que cuenta con un total de 39 semanas cotizadas.

2.- Lo Pretendido.

Como pretensiones de la presente acción constitucional se exponen:

1.- Que se tutelen sus derechos fundamentales a la seguridad social, el mínimo vital, la igualdad, la protección especial y la dignidad humana.

2.- Que se ordene a las accionadas, tener en cuenta las semanas que ha cotizado

al sistema, con posterioridad a la fecha de estructuración de la enfermedad, hasta cumplir con el total de las semanas exigidas por la Ley 100 de 1993, para el otorgamiento de la pensión por invalidez a su favor.

3.- Que, a la mayor brevedad posible, se emita un nuevo acto administrativo de reconocimiento y se proceda a la liquidación de retroactivo pensional, así como el otorgamiento de la mesada pensional.

3.- La Actuación.

La demanda de tutela correspondió por reparto al Juzgado Cincuenta y Tres Civil Municipal de esta ciudad, quien la admitió en auto del 03 de junio de 2020, vinculando al trámite a Colpensiones.

Posteriormente, por auto del 11 de junio de 2020, se requirió a la accionada y a Representante Legal de Vigilancia y Seguridad 365 Limitada y Cosequin Ltda., para que procedieran a aportar la información correspondiente a su vinculación laboral, cargo, salario y jornada laboral.

4.- Intervenciones

Advierte el Despacho que se recibieron informes junto con sus anexos Colfondos Fondo de Pensiones y Cesantías, Mapfre, Seguros Bolívar y Colpensiones.

5.- La Providencia de Primer Grado

La señora Jueza a-quo negó el amparo solicitado por considerar **(i)** “ *que como quiera que la accionante se encuentra vinculada laboralmente con dos entidades se puede establecer que no se cumple una de las subreglas previstas por la Corte Constitucional para la procedencia o excepcional de la acción de tutela, en virtud que está recibiendo ingresos, sin que exista una afectación actual e inminente a su MÍNIMO VITAL, o a algún elemento que conlleve a un perjuicio irremediable, pues estos no fueron acreditados, sumado a que tampoco puede predicarse vulneración al derecho a la igualdad por no se acreditaron los presupuestos para su configuración, concluyéndose que no hay un perjuicio de tal magnitud que impida a la accionante acudir al proceso Laboral Ordinario y no requerir la intervención del juez constitucional.*”; **(ii)** “*que si bien es cierto, la accionante presente una discapacidad y que por el diagnostico de su enfermedad presenta deterioro en su salud, que acredita cotizaciones a la seguridad social con posterioridad a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral superior al 50%, en razón de vinculación laboral, actualmente desarrolla actividades de las que obtiene los ingresos para su subsistencia, sin que se acreditara la afectación del mínimo vital y al no acreditarse algún otro elemento que configure un perjuicio irremediable que afecte de manera grave, actual e inminente su mínimo vital , que pueda ser evitado*

con la intervención del juez constitucional, se insta a la accionante para que acuda a proceso laboral ordinario para que sean debatidos allí los argumentos que considere y lleven al otorgamiento de la pensión de invalidez.”

6.- La Impugnación.

Inconforme con la decisión de primer grado Clemencia Dimate Peñaloza, procedió a su impugnación sin proponer ningún reparo en concreto, por lo cual habrá de revisarse íntegramente la providencia recurrida.

CONSIDERACIONES

1.- La Competencia.

Este juzgado es competente para conocer de la presente impugnación del fallo de primera instancia, conforme lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Problema Jurídico Por Resolver.

Debe establecer el despacho, si la acción de tutela resulta ser el medio idóneo para ordenar a las accionadas **(i)** que se tengan en cuenta las semanas cotizadas por la accionante, con posterioridad a la calificación de pérdida de capacidad laboral; **(ii)** que se le reconozca el derecho de a la pensión por invalidez; **(iii)** que se le pague el retroactivo de las mesadas pensionales dejadas de recibir.

3.- Procedencia de la Acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona cuenta con la acción para reclamar ante los jueces, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad.

4.- La Subsidiariedad

Conforme con lo señalado por la Corte Constitucional, la presente acción preferente y sumaria sólo resulta procedente cuando se han agotado los medios de defensa que el legislador ha dispuesto en cada caso particular o los mismos no resultan

idóneos para la protección del derecho reclamado, en tal sentido dicha corporación mediante sentencia T-471 de 2017 dispuso:

“Esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Posteriormente, en las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015, estableció que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”

5.- De la acción de tutela para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Respecto del particular la Corte Constitucional mediante sentencia T-046 de 2019, dispuso:

En particular, la jurisprudencia reiterada sobre la procedencia de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez de personas con enfermedades crónicas, degenerativas o progresivas ha reconocido al proceso ordinario laboral como uno de los medios judiciales para la definición de controversias relacionadas con la prestación de los servicios de seguridad social que se generen entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, y las entidades administradoras o prestadoras de tales servicios, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

6.- El Caso en Concreto.

Teniendo en cuenta que la accionante ejerce la acción constitucional en forma directa para que las entidades accionadas frente a las que invoca vulneran sus derechos **(i)** tengan en cuenta al momento de estudiar su solicitud de pensión de invalidez las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de calificación de pérdida de capacidad laboral; **(ii)** reconozcan mediante acto administrativo su derecho a la pensión de invalidez; **(iii)** paguen el retroactivo, una vez reconocido el derecho, se establece la legitimación en la causa, tanto por activa, como por pasiva.

Descendiendo al caso objeto de estudio, en cuanto a las pretensiones reclamadas en sede de tutela se advierte que se trata de un debate meramente jurídico para cuya resolución la actora cuenta con las acciones en la vía ordinaria, en su especialidad laboral, a efectos de establecer la pertinencia de lo pretendido, sin que le sea dable al juez de tutela definir de fondo un asunto, por cuanto, dada la naturaleza del derecho discutido, cuenta con las ritualidades propias de las acciones de la mencionada especialidad.

Ahora, no desconoce el despacho la especial condición de quien interpone la solicitud de amparo y que la Corte Constitucional ha flexibilizado el requisito de subsidiariedad en tales eventos¹, sin embargo, en este caso concreto, no luce desbordada la exigencia de acudir a la jurisdicción ordinaria a efectos de zanjar la controversia aquí planteada, como quiera que no se vislumbra el acaecimiento de un perjuicio irremediable, con las características de urgencia e inminencia exigidas por la Corte Constitucional para tal fin, así como, tampoco se advierte el menoscabo del derecho al mínimo vital de la actora, ni menos que las especiales condiciones de la misma le sean impedimento para hacer uso de los mecanismos ordinarios en el caso concreto.

Respecto del particular, resulta del caso precisar que de acuerdo con la consulta realizada por esta sede judicial en el Registro Único de Afiliados-SISPRO, la cual se anexa a la presente providencia, la señora Clemencia Dimate Peñaloza, se encuentra afiliada al SGSS, en calidad de dependiente en el régimen contributivo y activa en riesgos laborales, situación a partir de la cual, resulta dable inferir que se encuentra activa laboralmente y devenga ingresos para su subsistencia, por lo cual no se vislumbra la vulneración de su derecho al mínimo vital, máxime cuando no se enuncia en los hechos de la acción de tutela que tenga alguna persona a su cargo.

¹ “De este modo, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos” (CC. T 401 DE 2017).

En gracia de discusión frente a lo anterior, encuentra el despacho que la accionante invoca la figura de la “capacidad laboral residual”, respecto de la cual la Corte Constitucional ha señalado *“Tratándose de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, cuando la fecha de estructuración sea anterior a la de pérdida definitiva y permanente de la capacidad laboral establecida mediante el dictamen médico, para determinar el derecho a la pensión de invalidez, se tendrán en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a esa fecha cuando aún la persona conserva su capacidad laboral residual, y hasta su calificación como inválido, momento en que se asume que la persona pierde la capacidad total para seguir trabajando. Se ha sostenido que es posible, que debido al carácter progresivo de estas patologías, entre la fecha de estructuración y la calificación, se conserven las capacidades funcionales y productivas, al punto de continuar con la vinculación laboral, realizando los correspondientes aportes al sistema de seguridad social a efectos de alcanzar las semanas exigidas para el reconocimiento pensional.”*², sin embargo, no se encuentra en el plenario material probatorio suficiente a efectos de determinar si las semanas que pretende la señora Dimate Peñaloza que se le reconozcan, se encuentran en el periodo comprendido, entre la fecha de estructuración de la enfermedad y la de la calificación de pérdida de capacidad laboral, o si por el contrario resultan posteriores incluso a la referida calificación, de manera que, con mayor razón es debate deberá ventilarse ante la jurisdicción ordinaria, en la cual las partes tienen amplia oportunidad de aportar y controvertir el acervo probatorio pertinente para demostrar la existencia del derecho pensional en cabeza de quien lo reclama.

Por lo aquí expuesto, habrá de confirmarse la providencia de fecha 18 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres Civil Municipal de esta ciudad.

DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y mandato constitucional,

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la providencia de fecha 18 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres Civil Municipal de esta ciudad, por lo expuesto en la parte motiva.

² Sentencia T-604 de 2014

Segundo: NOTIFICAR la presente decisión personalmente, por telegrama, o cualquier otro medio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: COMUNICAR telegráficamente la presente decisión al Juzgado de origen.

Cuarto: REMITIR el expediente a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, cumplido lo anterior.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA

JUEZA