REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., diciembre catorce (14) de dos mil veinte (2020).-

Asunto: *Impugnación acción de tutela No. 11001400303420200066 0 01 de Martha Liliana Moyano Ospina contra Pensiones y Cesantías Protección, trámite al que fueron notificadas el Adres y Famisanar EPS.*

Se resuelve la impugnación formulada por la accionante contra el fallo de tutela de fecha 11 de noviembre de 2020 proferido por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) de Civil Municipal de Bogotá.

A. La pretensión y los hechos.

1. La accionante por intermedio de apoderada judicial solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social y mínimo vital presuntamente vulnerados por la entidad accionada. En consecuencia solicitó se ordene al fondo de pensiones proceda a reconocer en su favor la pensión de invalidez a la que legalmente tiene derecho.

2. El sustento fáctico se resume así:

2.1 Relató, en síntesis que, padece de Síndrome Overlap esclerosis sistémica limitada + LES (Anti DNA + Artritis, Hipocomplementemia, Linfopenia y Anas 1/1280); Saf trombótico, Neumonía Intersticial usual vs. fibrosis pulmonar; Pop tardío resección intestinal colostomía; HTA; Erge esofagitis + esófago Barret; Osteopenia; ERC Grado 38 y Fibromialgia, por las cuales recibió una calificación de pérdida de capacidad laboral del 75.37%, con fecha de estructuración 27 de septiembre de 1993.

Agregó que desde el mes de agosto de 2019 no percibe ingreso alguno, salvo el que corresponde a la sustitución pensional equivalente a $960.000. Adicionalmente cuenta con 480 semanas cotizadas ininterrumpidas desde la fecha de afiliación 8 de abril de 2011.

Manifestó que el 28 de agosto de 2020 le fue negado el reconocimiento pensional, bajo argumento que la fecha de estructuración de la enfermedad es anterior a la fecha de afiliación que ésta hiciera al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

B. Actuación surtida.

1. El juzgado de conocimiento admitió la tutela el 4 de noviembre de 2020, trámite al que vinculó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- Famisanar EPS.

2. Famisanar EPS y el ADRES, manifestaron que debe negarse la tutela en su contra, como quiera que en su favor se encuentra presente el fenómeno de la falta de legitimación en la causa por pasiva.

3. AFP Protección, refirió que no le corresponde el reconocimiento de la prestación solicitada, en razón a que su entidad únicamente tiene a cargo el pago de las prestaciones económicas por los siniestros ocurridos durante la afiliación al fondo. Indicó que la accionante cuenta con otro medio de protección constitucional ante la jurisdicción ordinaria laboral, autoridad encargada de dirimir la controversia presentada. De igual forma no se encuentra acreditado en el caso la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por cuanto la accionante percibe la mesada pensional de sobreviviente.

C. Sentencia de primera instancia.

La funcionaria de primer grado negó el amparo tras considerar que, el accionante cuenta con otros medios defensivos y en el presente asunto no se encuentra presente la inminencia de un perjuicio irremediable.

D. La impugnación

Con la anterior decisión el convocante se encontró en desacuerdo, razón por la cual impugnó el fallo, para lo cual reiteró lo dicho en la respuesta de tutela e indicó que, los argumentos esgrimidos por la falladora de primera instancia no se ajustan a su realidad pues no ha recibido el pago de sus incapacidades posteriores al día 180, lo cual afecta sus ingresos, pues debido a sus patologías debe contratar a una persona que asuma sus cuidados.

CONSIDERACIONES

1. La tutela es un instrumento jurídico previsto para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, por particulares.

2. Además, la acción de tutela es de carácter residual o subsidiaria y, por ende, no puede ser simultánea, paralela, adicional o complementaria, acumulativa o alternativa, ni una instancia más que permita resolver cuestiones propias de procedimientos ordinarios. Por eso se ha dicho también que exclusivamente está dirigida a la defensa judicial de los derechos fundamentales que consagra la Constitución Política y no para sustituir el régimen jurídico, a menos que la violación de éste cercene o amenace a

aquellos y con ella se pretenda transitoriamente evitar un perjuicio irremediable.

3. La corte Constitucional ha referido que cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, con fundamento en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, este Tribunal ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad[54]:

(i) Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio[1].

4. En el presente asunto, pese a las manifestaciones efectuadas por la afectada en el escrito de impugnación, al respecto de sus necesidades financieras, en el presente asunto, no se aportó prueba si quiera sumaria mediante la cual se demostrará que la falta del otorgamiento de su pensión vulnere de manera directa el derecho al mínimo vital; contrario sensu, se encuentra acreditado que la querellante percibe como ingreso una pensión, por lo que no existe inminencia de un perjuicio irremediable, razón por la cual, la accionante puede acudir a otros medios para reclamar la protección de sus derechos pensionales ante la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral.

Ahora bien como la señora Moyano Ospina cuenta con otro medio de defensa judicial (proceso oral ante los jueces laborales), no puede abrírsele paso al amparo suplicado para que se le reconozca la pensión a la que dice tener derecho.

Por otra parte si se hace abstracción de esa característica, por las condiciones médicas que tiene el accionante, la tutela no procede para ordenar que se conceda la pensión de invalidez, habida cuenta que, si se miran bien las cosas, el punto central de discusión radica en si la accionada puede obviar el requisito a que alude el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 que modificó los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez, esto es, que el afectado haya: i) perdido el 50% o más de su capacidad laboral; ii) cotizado al régimen y tener por lo menos 26 semanas al momento de producirse la invalidez; o en el evento en que el afiliado hubiera dejado de cotizar, tener al menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento en que se produjo el estado de invalidez, asunto de interpretación que no puede resolverse en sede de amparo, toda vez que la tutela no fue diseñada para que el juez constitucional defina qué postura interpretativa es más adecuada en un determinado caso, ni para imponer un criterio.

---

[1] Corte Constitucional Sentencia T-046/2019

Ahora bien, en punto del reclamo de las incapacidades, siendo esta obligación del resorte del fondo de pensiones accionado, se conmina la mismo para que proceda a su reconocimiento y pago, pues en este punto se muestra agredido el mínimo vital de la accionante, y no cabe duda de la obligación legal que impone su solución. Para ello la accionante deberá plantear su pedido ante dicha entidad con el lleno de los requisitos que al efecto establece la ley de seguridad social.

Conforme a las anteriores consideraciones, esta oficina judicial procederá a confirmar el fallo de tutela emitido por el Juzgado 34 Civil Municipal de Bogotá el 11 de noviembre de 2020

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. **MODIFICAR** el ordinal primero de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, proferida el 11 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Civil Municipal de Bogotá, en el sentido de CONFIRMARLA en punto de la negativa del amparo al reconocimiento de la pensión solicitada por MARTHA LILIANA MOYANO OSPINA hace relación y **ACCEDER a**l amparo únicamente al pago de las incapacidades medicas reconocidas a la misma accionante, mencionadas en el hecho 3 del escrito de tutela, lo cual cumplirá el fondo pensional accionado, en el término de 48 horas siguientes al pedido que le presente la interesada, aparejado de la documentación legal correspondiente.

Segundo. ORDENAR la notificación de lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 y DISPONER la remisión de lo actuado ante la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

LUISA MYRIAM LIZARAZO RICAURTE
JUEZ

JR

Acción de Tutela No. 11001400303420200066 0 01
Accionante: Martha Liliana Moyano Ospina
Accionado: Pensiones y Cesantías Protección
Secuencia 22598 del 2 de diciembre de 2020