

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá D. C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Tutela 2ª Instancia

ACCIONANTE: LEIDY JOHANNA ARCINIEGAS CASTIBLANCO
ACCIONADA: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION
Expediente No: 2020-00351

Procede el despacho a proferir el **FALLO** que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **IMPUGNACIÓN DE TUTELA** de la referencia.

I.- ACCIONANTE:

Se trata de la señora **LEIDY JOHANNA ARCINIEGAS CASTIBLANCO**, mayor de edad, quien actúa a través de apoderada.

II.- ACCIONADA:

Se dirige la presente **ACCIÓN DE TUTELA** contra **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION**.

III.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

Se trata de los derechos a la **SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA, SALUD y PENSIÓN DE INVALIDEZ**.

IV.- OMISIÓN ENDILGADA A LA ACCIONADA:

Refiere la accionante, a través de su apoderada, que fue calificada su pérdida de capacidad laboral en un porcentaje equivalente al 67.28%, con fecha de estructuración del estado de invalidez el 22 de julio de 2017, lo que le fue informado por Protección en comunicación del 7 de febrero de 2018.

Afirma que solicitó ante la APF Protección el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, pero le fue negada en comunicación del 27 de noviembre de 2018 argumentando que no cotizó al menos 50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, pues solo presenta un total de 37,2 semanas cotizadas en dicho período, teniendo en consecuencia derecho a la prestación de devolución de saldos por invalidez.

Aduce que en escrito del 31 de octubre de 2018 insistió ante Protección sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez, pues consideró que además de las 37.2 semanas también trabajó con el empleador L'oretta Peluquería por cuatro meses, es decir, 17,14 semanas entre el 1º de septiembre y el 31 de diciembre de 2016, empresa que no realizó los aportes a seguridad social, para un total de 54.34 antes de la fecha de estructuración del estado de invalidez y con las cotizadas posteriormente completa un total de 178,86 semanas.

Sostiene que esa negativa vulnera los principios propios de la seguridad social como garantía de amparo ante la contingencia del estado de invalidez, lo que repercute en la afectación de sus derechos fundamentales al no poder acceder a la prestación pretendida con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, pues se encuentra en estado de indefensión, desprotegida en su condición física, mental y económica, lo que no le garantiza una vida digna, un mínimo vital ni su congrua subsistencia.

Indica que el argumento de la accionada para negarse a asumir la responsabilidad en el pago de la pensión no resulta válido jurídicamente por cuanto en aplicación del principio de favorabilidad debe aplicarse la norma que resulte más beneficiosa y si emprende la tarea de recuperación de semanas, procedería sin lugar a duda al amparo constitucional y legal frente a su pretensión prestacional.

Manifiesta que pese a que existe otro mecanismo judicial este no resulta idóneo o eficaz para su situación particular en razón a su pérdida de capacidad laboral en un 67.28% al padecer de "lupus erimatoso, cardiomiopatía e hipertensión pulmonar".

Pretende con esta acción en amparo de los derechos invocados se ordene a la accionada Protección reconocerle y pagarle la pensión de invalidez de origen común, mesadas adicionales, indexación y retroactivo a partir de la fecha de estructuración de la invalidez.

V.- TRAMITE PROCESAL:

Admitida la solicitud por el a-quo (Juzgado 16 Civil Municipal de esta ciudad) ordenó notificar a la accionada para que rindiera informe respecto a los hechos aducidos por la petente.

VI.- FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juez de primer grado mediante fallo del 31 de julio de 2020 negó el amparo constitucional invocado, al considerar que el asunto debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.

Este despacho mediante proveído del 2 de septiembre de 2020 declaró la nulidad de esa decisión al no observarse la vinculación de las sociedades **BRAVO CORTES Y CIA LTDA** ni de **INVERSIONES MARTINEZ & RESTREPO SAS** (propietaria del establecimiento de comercio L ORETTA PELUQUERIA), quienes eventualmente podrían verse afectados con el fallo,

pues la accionante adujo que laboró para esas sociedades pero no le realizaron aportes a seguridad social (hecho 6 de la demanda), además dentro de las pruebas documentales obra comunicación que la accionante dirigió a la AFP accionada solicitándole revisar su historia laboral por faltarle al parecer algunos períodos laborados con la primera sociedad (agosto 2017 a junio 2018) y certificación de la otra, que da cuenta sobre la prestación de servicios por parte de la accionante en los períodos de septiembre a diciembre de 2016.

Corregida esa falencia mediante fallo del 9 de septiembre de 2020 la primera instancia negó el amparo solicitado por la accionante con iguales argumentos del anterior.

VII. IMPUGNACIÓN:

Impugna la sentencia de primera instancia la accionante, solicitando se REVOQUE el fallo, pues considera que la mora en que incurrió uno de los empleadores de la accionante no puede ser trasladada a esta, también que se debe considerar que se trata de un sujeto de especial protección cuya calificación declaró su estado de invalidez por lo que es beneficiaria de la pensión que ampara esa contingencia.

VIII.- CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCIÓN DE TUTELA

Constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades, cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El art. 86 de nuestra Carta magna así lo consagró. También advirtió su procedencia contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación.

2.- PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER:

Corresponde al despacho teniendo en cuenta los hechos y antecedentes de esta acción constitucional, así como la decisión adoptada por el juez de primera instancia, pronunciarse y dilucidar si se configura una violación de los derechos fundamentales invocados por la accionante ante la negación de la AFP accionada a reconocerle y pagarle la pensión de invalidez habiendo sido calificada con una pérdida de su capacidad laboral del 67.28%, con fecha de

estructuración el 22 de julio de 2017, bajo el argumento de no haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a esa estructuración.

3.- CASO CONCRETO:

Descendiendo al caso en estudio, se observa que se REVOCARÁ el fallo proferido por el Juzgador de primera instancia dentro de la presente acción de tutela, por lo siguiente:

Si bien es cierto el análisis que de entrada debe hacerse se remonta a la **procedencia excepcional** de la acción de tutela **frente al reconocimiento y pago de acreencias laborales y pensionales**, pues la regla general es que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para lograr el reconocimiento y posterior pago de la acreencia pensional, dado que para ello existen medios de defensa judiciales ordinarios a los que puede acudir el afectado con miras a satisfacer sus pretensiones, también lo es que cuando ese no reconocimiento afecte el mínimo vital del accionante o el de su familia, máxime si se trata de un sujeto de especial protección o se vulnere un derecho fundamental como el de la igualdad, o se le cause un perjuicio irremediable la tutela se torna en el mecanismo procedente.

Sobre el particular se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU442/16, al señalar:

“Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que el juez constitucional debe ser más flexible al estudiar la procedibilidad cuando el actor es un sujeto de especial protección, o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta[26]. En desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, le debe ofrecer un tratamiento diferencial positivo y analizar los requisitos de subsidiariedad e inmediatez desde una óptica menos estricta, pues en estos casos el actor no puede soportar las cargas y los tiempos procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que el resto de la sociedad[27]. En el evento específico de la pensión de invalidez, las diferentes Salas de Revisión han sostenido que la pensión puede pasar de ser una prestación social de orden legal, a convertirse en un derecho fundamental inalienable, en especial cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional o en condiciones de debilidad manifiesta[28]. Seguidamente, han defendido la procedibilidad excepcional de la tutela a través de la cual se solicita su reconocimiento o pago, por considerar que los otros mecanismos de defensa no son eficaces en concreto para salvaguardar los derechos en juego.”

En el caso de autos esta fuera de duda la condición de sujeto de especial protección que ostenta la accionante por su condición de persona en situación de discapacidad, quien ha sido calificada con un 67.28% de pérdida de su capacidad laboral.

Lo anterior permite que el juez constitucional pueda pronunciarse sobre la pretensión pensional a que aspira la accionante y en orden a hacerlo es útil considerar que la negativa de la APF accionada para no acceder a la pensión

de invalidez reclamada por la actora se sintetiza en que esta no demostró haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de su estado de invalidez, lo cual si bien se encuentra ajustado a lo normado por el art. 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 1 de la Ley 860 de 2003, el juez de tutela no debe perder de vista que en este caso la accionante adujo que para completar ese número de semanas no se tuvo en cuenta el período por ella laborado entre el 1º de septiembre de 2016 y el 31 de diciembre de ese año con el empleador L'oretta Peluquería, establecimiento de comercio de propiedad de la sociedad Inversiones Martínez y Restrepo SAS como se consignó por este despacho en auto del 2 de septiembre de 2020.

Tampoco se consideró por la primera instancia que junto con el escrito de tutela se aportó certificación fechada 9 de julio de 2020 expedida por dicho empleador en la que consignó que la ahora accionante se desempeñó a su servicio en el cargo de auxiliar de peluquería “desde el 01 de septiembre de 2016 al 31 de diciembre de 2016”, por lo que, como también jurisprudencialmente se ha decantado, las consecuencias de la mora en el pago de aportes y cotizaciones no pueden recaer sobre el trabajador.

Sobre lo anterior dijo la Corte Constitucional en sentencia T 668/2007:

“De lo expuesto, es claro, entonces, que la ley atribuye claramente a las entidades administradoras de pensiones la función de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales, para solventar las situaciones en mora y para imponer las sanciones a que haya lugar, no siendo posible a aquellas alegar a su favor su propia negligencia en la implementación de esa atribución. También ha precisado la Corporación[34] que, estando la entidad administradora facultada para efectuar el cobro de lo que por concepto de aportes le adeuda el empleador y no habiéndolo hecho, una vez aceptado el pago en forma extemporánea se entenderá como efectivo y, por tanto, se traducirá en tiempo de cotización.

Además de lo anterior, tampoco les es dable a tales entidades, hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes o de la falta de descuento de los mismos, toda que, no obstante la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades responsables, al trabajador se le hicieron o se le han debido hacer las deducciones mensuales respectivas, por lo cual se encuentra ajeno a dicha situación.

Además, en este caso la accionante solicitó a la AFP la revisión de los aportes en relación con su empleador BRAVO CORTES Y CIA LTDA. en comunicación fechada 17 de febrero de 2020 al considerar que su historia laboral presenta un vacío entre el mes de agosto de 2017 a junio de 2018, petición que si bien le fue contestada en misiva del 19 de febrero de 2020, también lo es que no se resolvió de fondo pues solamente se le indicó que dichos períodos **“se encuentran en rezagos y no se encuentran acreditados en su cuenta individual toda vez que son posteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, esto es 22 de julio de 2017”**, períodos posteriores que también se ha

considerado que son factibles de ser contabilizados con miras a obtener la pensión de invalidez en caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, como es el caso de la accionante, cuya calificación se produjo luego de la valoración de las patologías de "Lupus erimatoso, Cardiomiopatía Hipertensión pulmonar".

Así lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia T 182/15 en un caso similar en cuanto a la prestación pretendida y la condición médica, en la que dicha Corporación precisó **"La jurisprudencia constitucional, como se reseñó en precedencia, ha sido clara y reiterativa en señalar que las personas cuya pérdida de capacidad laboral corresponda a una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, tienen derecho a que se les contabilicen los aportes efectuados luego de la fecha de estructuración de la invalidez. En el presente evento, la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección, al negar el reconocimiento de la pensión, de manera injustificada omitió tener en cuenta el total de 111.4 semanas cotizadas por la joven Maribel López Velasco desde el 17 de noviembre de 2011, hasta el 30 de marzo de 2014, de las cuales 94 lo fueron cotizadas después de la fecha de estructuración fijada en el dictamen y durante un periodo de tres años"**.

Se concluye de lo expuesto que la sentencia de primera instancia se **REVOCARÁ**, para en su lugar, amparar los derechos a la seguridad social, vida digna y mínimo vital de la señora LEIDY JOHANNA ARCINIEGAS CASTIBLANCO, y, en consecuencia, se **ORDENARÁ** a la accionada AFP PROTECCION que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo reconozca y pague la pensión de invalidez solicitada por la accionante.

IX.- DECISION:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR la sentencia calendada 09 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado 16 Civil Municipal de esta ciudad, para en su lugar, **AMPARAR** a la accionante **LEIDY JOHANNA ARCINIEGAS CASTIBLANCO** los derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna y mínimo vital vulnerados por la accionada, por ende, se **ORDENA** a la accionada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN**, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que en el improrrogable término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo reconozca y pague la pensión de invalidez solicitada por la accionante.

SEGUNDO: DISPONER se notifique esa decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ORDENAR la remisión oportuna del expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo. **OFÍCIESE.**

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ
NA

Firmado Por:

WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 012 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7ad56a5fa02a41dd1d81c737952c76fd5cbb31f5c6ee19480b1dcdc47e2c96f8**
Documento generado en 19/11/2020 09:22:05 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>