

Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

RADICACIÓN: 02-2022-00078-01. ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA IMPUGNACIÓN. ACCIONANTE: JANIER YESITH RODRIGUEZ GUTIERREZ **ACCIONADOS:** SANITAS E.P.S. Y PORVENIR S.A., **VINCULADOS:** CARDIO LIVE IPS S.A.S., CLINICA DE SALUD MENTAL MEDICAR SAS, FUNDACIÓN REINTEGRAR RV, FUNDACIÓN CAMPBELL, CENTRO DIAGNOSTICO DE ESPECIALISTAS CLINICA CEDES, LEDYS DEL CARMEN RODRIGUEZ MOSCOTE, EILENN TENILDA BENJUMEA RAMIREZ, HAYLIN YISELL RODRIGUEZ, JEIDER JAVID RODRIGUEZ PUELLO, HAYDER YECITH RODRIGUEZ GUTIERREZ, LORY MAR RODRIGUEZ GUTIERREZ, KENNVERLIN VICET RODRIGUEZ GUTIERREZ, SECRETARÍA DE SALUD DISTRITAL DE RIOHACHA y SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE LA GUAJIRA.

Dentro del término legal, esta Agencia Judicial procede a la resolución de la impugnación del fallo proferido el diez (10) de marzo de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Riohacha - La Guajira, dentro de la solicitud de tutela del epígrafe, previos los siguientes,

ANTECEDENTES

Se expresa por parte de la parte accionante, que el día 18 de octubre de 2018, sufrió un accidente de tránsito donde fue arrollado por un vehículo automotor ocasionando que estuviera internado en una unidad de cuidados intensivos por espacio de más de 20 días con diagnóstico de politraumatismo intracraneal con hemorragia intracraneal. Manifiesta que hasta la fecha de presentación de la tutela después de un sin número de terapias de rehabilitación tiene una pérdida de más del 60% entre capacidad física y mental, lo que le imposibilita la locomoción y desarrollar cualquier función laboral que le encomienden.

Alega que, en el año 2020, solicitó ante la Institución Prestadora de Salud EPS Sanitas que le certificará la pérdida de su capacidad laboral, teniendo en cuenta el diagnóstico del médico tratante. de lo que recibe respuesta qué tal solicitud excedía su competencia toda vez que era beneficiario de una pensión sobreviviente.

Manifiesta que es beneficiario de pensión de supervivencia parte de su fallecido padre Rodríguez Montalvo, por ser en el momento del reconociendo menor de edad, pero al cumplir la mayoría de edad, la entidad pensional Porvenir S.A., Fondo de Pensiones y Cesantías, le solicito en su momento que para seguir pagando el porcentaje de suspensión debía acreditar la calidad de estudiante, calidad que no pudo soportar teniendo en cuenta que sufrió un accidente que ha dejado con una discapacidad del 62.57%, según certificado otorgado por la Fundación Reintegra.

Alega que Porvenir S.A., Fondo de Pensiones y Cesantía por el hecho de no aportar certificado de estudios, le ha suspendido el aporte del pago de su mesada y con ello la seguridad social-salud a la Entidad Promotora de Salud, que debido a este no pagó la EPS le ha suspendido su servicio atención a salud, con ello las terapias, no entregándole los medicamentos, afirmando que con ello se está poniendo en riesgo su derecho a la salud y vida.

Relata que en actualidad no genera ingresos toda vez que está incapacitado, su sustento deviene de su señora madre Carmen Gutiérrez Moscote, la cual devenga unos ingresos menores al salario mínimo, toda vez que está pensionada como sobreviviente y tiene que compartir la pensión, sin que a él se le esté pagándole la pensión debido al hecho de que no está estudiando.

Afirma comedidamente que la Entidad Porvenir S.A., para proceder a pagarle sus mesadas atrasada y pagar la seguridad social, le dio como respuesta que debía aportar una certificación de pérdida de capacidad laboral, debidamente certificada por parte de la Junta Regional de Calificación de Pérdida Capacidad Laboral, certificado que tiene un costo de un salario mínimo, no obstante, al encontrarse en situaciones económicas precarias no cuenta con dinero para pagar dicho certificado, pues no puede laborar para conseguir el dinero y su madre tampoco puede proporcionárselo, toda vez que se verían riesgo su alimentación y subsistencia.

Por último, indica que se encuentra en unas condiciones de salud y vida de alto riesgo toda vez que la empresa Sanitas EPS, no le está prestando los servicios de atención médica, no le realizan

las terapias, no le entregan medicamentos; pues por parte de Porvenir S.A, no se le está pagando seguridad social, pues no le entrega la cuota que le corresponde por su pensión de sobreviviente que le dejó su señor padre.

Por todo lo expuesto, con el fin de garantizar restablecer sus derechos fundamentales de petición, de seguridad social, salud y al mínimo vital, respetuosamente solicitó a los accionados que en el término máximo de (48) cuarenta y ocho horas, contados a partir de la notificación del fallo de primera instancia:

La empresa Porvenir S.A, Fondo de Pensiones y Cesantías, al considerar que están siendo vulnerados sus derechos al mínimo vital y seguridad social, con él no pago de la seguridad social como pensionado sobreviviente, que es consecuencia, de no cancelarle su mesada pensional, proceda a restablecer el pago de su mesada pensional y de aportes a la seguridad social.

La empresa Porvenir S.A, Fondo de Pensiones y Cesantías, proceda a la remisión del señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, a la Junta Regional de Calificación, para que hagan la respectiva valoración de su pérdida de capacidad laboral.

La empresa EPS Sanitas, al considerar que se le vulneran sus derechos fundamentales a la salud y vida digna por esa entidad, pues no le está prestando los servicios médicos y el tratamiento que debe ser seguido por él y que fue previamente ordenados por su tratante, al encontrarse retirado, que proceda a activar su afiliación y prestar los servicios médicos.

Por último, se prevenga a las entidades accionadas para que en el futuro no vuelvan a incurrir en los hechos y de que han causado la presentación de la presentación de tutela.

Con el escrito de tutela se allegaron unos documentos.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Admisión y presentación de informe.

El Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Riohacha - La Guajira, admitió la solicitud por medio de auto de fecha veinticuatro (24) febrero del año dos mil veintidós (2022), y requirió para que rindiera informe de los hechos de tutela a los accionados Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y Sanitas EPS y los vinculados Cardio Live IPS S.A.S., Clínica de Salud Mental Medicar SAS, Fundación Reintegrar RV, Fundación Campbell, Centro Diagnostico de Especialistas Clínica Cedes.

Clínica de Salud Mental Medicar SAS-, presentó informe a través de apoderada judicial en el cual solicita ser desvinculado de la presentación de tutela, en su razón a que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, alegando que se puede evidenciar del escrito de tutela de las pruebas aportadas relacionante, que se invoca la vulneración de los derechos fundamentales alegados por no pago de mesadas pensionales, lo que no ha permitido que se siga pagando la seguridad social – salud, lo que no le permite continuar con los tratamientos médicos, que así mismo solicita la remisión a la Junta Regional de Calificación.

Pretensiones estás qué dice no están a cargo para resolver por parte de su representada, existiendo una incongruencia entre lo pedido y la vinculación que se les hiciera a la presente accion como quiera que el accionante no es afiliado a su Clínica Salud Mental Medicar SAS., por no ser EPS, así como tampoco su representada es un Fondo de Pensiones, por lo que no habría lugar a indagarle responsabilidad en la vulneración de los derechos fundamentales alegados por el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, a quien solo le prestaron el servicio de psiquiatría por una sola vez en razón a la autorización emitida por Sanitas EPS, de lo anterior afirman, que quedó claro que no han vulnerado derecho fundamental alguno y por ellos solicitan su desvinculación.

Fundación Campbell, alega se destaca, que es una Institución Prestadora de Servicios de Salud, legalmente constituida, afirmando que verificada la base de datos de la entidad se vislumbra que el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, ingreso a esa fundación remitido de la unidad de cuidados intensivos de la Clínica Renacer Limitada el 19 octubre 2018, paciente que sufre de trauma craneoencefálico severo, con requerimiento de asistencia ventilatoria, monitoreo del

PIB y estancia en UCI con compromiso además óseo, fractura de fémur derecho a quién remiten para continuar el manejo y estudio del paciente que ingreso, manejando al siguiente diagnóstico secuela de TCE Severo POP de drenaje interventricular, extra institucional, disautonomía espasticidad muscular y fractura de la diáfisis de fémur, razón por la cual debido a que se trata de un cuadro clínico, fue enviado el 2 de noviembre 2018 por remisión a la clínica La Merced. Alegando que durante la estancia del paciente en la clínica Campbell, se le brindó toda la atención médica necesaria y se puso a disposición todos los tratamientos médicos diagnósticos y científico encaminados a mejorar su salud.

Afirma que la Fundación Campbell es una institución prestadora de servicios de salud y como tal tiene la función de prestar servicio médico de manera efectiva los usuarios por remisiones que le hagan las EPS, atendiendo esas razones solicita se desvinculé de la presente acción de tutela dado que de ninguna manera han vulnerado los derechos fundamentales del accionante, ante quien no tienen obligación para con las pretensiones por el actor solicitadas.

Por su parte el **Centro de Diagnóstico Especialista Limitadas Clínicas Cedes** previa contestación sobre los hechos de tutela, en los cuales alego en su mayoría no constarle, alego se destaca, que esa institución médica es una IPS con habilitación de la prestación de servicios de salud en Riohacha La Guajira, afirmando que en la clínica Cedes no han negado atención médica de urgencia y/o consulta externa al accionante, pues de manera oportuna, completa y satisfactoria presta sus servicios tal cómo se expresa en el registro detallado de la historia clínica 1118866197, alegando que el paciente y la prestación de sus servicios de salud corresponde por ser el responsable a la EPS Sanitas. En lo que respecta a su solicitud de reconocimiento y pago de los derechos asistenciales, prestacionales y pensionales, alega qué son hechos en los que no interviene ni decide la Clínica Cedes, por lo que solicita no acceder a las pretensiones respecto de la Clínica Cedes, pues no vulneran derecho fundamental algunos al actor.

El Fondo de **Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** a través de la directora de acciones constitucionales contestó la presente acción de tutela, de la cual se destaca:

En primer lugar, qué respecto de la solicitud demandada por parte del accionante, esto lo relacionado con la respuesta acerca del derecho de petición, ella fue emitida como efectivamente lo manifiesta el actor en el escrito de tutela, ahora bien, el que no esté de acuerdo con dicha respuesta debido a que la misma fue rechazada, alega que ante el rechazo de la petición es importante anotar que un derecho de petición no implica ceder favorablemente a lo solicitado, sino resolver de fondo la petición explicando las razones de hecho y de derecho por las cuales no se accede a lo solicitado, tal y como ha sido señalado por la Corte Constitucional en múltiples sentencias, en este orden de ideas, resumen que se observa que existe una controversia entre la pretensión del actor y la respuesta enviada por Porvenir S.A., pero la acción de tutela no es el medio idóneo para debatir la inconformidad del accionante debido a que esté cuenta con un mecanismo de defensa para debatir ese conflicto.

En segundo lugar, indica que no sé acreditó por parte del actor la calidad de beneficiario, pues alega que Porvenir S.A., reconoció la mesada pensional en favor de la señora Leidis del Carmen y Eilenn Tenilda Benjumea Ramírez, en calidad de compañeras en un 25% a cada una y en calidad de hijos se le reconoció la pensión Haylin Yisell Rodríguez, Jeider Javid Rodríguez Puello, Heder Yecith Rodríguez Gutiérrez, Lory Mar Rodríguez Gutiérrez y Kennverlin Vicet Rodríguez Gutiérrez.

Que a la fecha el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, se encuentra suspendida su mesada pensional, debido a que no acredita los requisitos establecidos por la ley “certificado de estudio” para acreditar la calidad de beneficiario de la pensión sobrevivientes de su señor padre que en paz descanse.

Al respecto informa al Despacho de primera instancia que para acreditar la calidad de hijo beneficiarios mayor de 18 años, el accionante debía aportar la certificación de estudio en la que costará una intensidad horaria de mínimo 20 horas semanales esto en virtud del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, que sirvieron transcribir, concluyendo que el accionante no cumple entonces con las condiciones de estudiantes, en virtud de la mencionada ley. Así las cosas, no

era procedente el reconocimiento en su favor de la mesada pensional, sino hasta que acreditara el requisito de estudio.

En tercer lugar, en cuanto a lo manifestado por el accionante de que se encuentra inválido, afirma que esta situación nada tiene que ver con las razones que llevaron al reconocimiento de la mesada pensional, pues se trata de un procedimiento distinto pues debido a que son contingencias diferentes, alegando que si el accionante considera que es inválido debía iniciar el trámite de calificación, para el caso de pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, presentando reclamación de pensión de invalidez, afirmando que el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral de los afiliados se encuentra consagrado en el artículo 142 Decreto 19 de 2012 para mejor proveer transcribe el dicho artículo, concluyendo que al no existir dictamen de pérdida de capacidad laboral que demuestra haber perdido una capacidad laboral superior del 50% o más de su capacidad laboral no habría lugar al reconocimiento una pensión de invalidez cómo lo establece el artículo 38 de la Ley 100 de 1994, que también se sirve transcribir, por último, alega que no se puede desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela, por lo que solicitan que se declara improcedente la presente acción constitucional pues consideran que no están vulnerando derecho alguno al actor.

Por su parte la **Fundación Reintegrar RV**, manifestó se destaca que al actor se le realizó por parte del equipo multidisciplinario de la IPS certificado de discapacidad para conocer el nivel de dificultad en el desempeño del accionante, indicando un grado de dificultad que experimenta una persona al realizar diferentes actividades e involucrarse en situaciones de su entorno cotidiano.

Por su parte **Sanitas EPS**, a través de la Directora de Oficina, presentó respuesta a la solicitud de tutela, de la que se destaca:

Alega que el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, se encuentra en estado retirado, teniendo en cuenta la novedad de suspensión de la pensión reportada por Porvenir S.A. el 12 de marzo de 2020 mediante planilla de liquidación de aportes número 34505822, adjuntando certificación de afiliación.

Que de acuerdo con los hechos narrados en el escrito de tutela, el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, solicita mediante esta acción, sirviéndose transcribir sus pretensiones.

Informa que la EPS Sanitas le brindó al usuario señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, todas las prestaciones médico asistenciales que requirió debido a su estado de salud cuando estuvo afiliado en la entidad a través de un equipo multidisciplinario y acorde con las respectivas órdenes médicas emitidas por su médico tratante.

Informan que el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, no se encuentra afiliado a la EPS.

Que de acuerdo a las pretensiones de tutela y ejerciendo el derecho a la defensa, indica qué es un paciente de 24 años, con antecedente de trastorno craneoencefálico, qué causa hemorragia cerebral por lo cual actualmente presenta secuelas visuales, razón por la cual usa lentes por la disminución de agudeza visual, por lo que en su momento fue remitido a optometría.

Al igual relaciona la historia clínica respecto de los antecedentes de hipoacusia debido al trauma por lo que se le ordenaron unos medicamentos, así como también que sufre de trastorno ansiedad en seguimiento con psicología, psiquiatría y neurología debido al traumatismo automovilístico lo que le generó discapacidad motora por hemorragia intracerebral.

Ahora bien, frente a las pretensiones que buscan garantizar las terapias, entrega de medicamento y todos los procedimientos que él requiera, indican que no es posible acceder a ello debido a que el actor se encuentra en estado retirado, teniendo en cuenta la novedad de suspensión de la pensión reportada por Porvenir S.A, desde el 12 de marzo 2020 mediante planilla liquidación de aportes 3450405822.

Que, así las cosas, actualmente el usuario no se encuentra afiliado a la EPS Sanitas, razón por la cual no sería procedente que solicite dichos servicios, afirmando que está retirado conforme a la normatividad vigente en la materia, por lo que solicita que se declare improcedente la

presente acción de tutela, pues consideran que no han vulnerado ningún derecho fundamental al Señor accionante.

Por medio de auto del 2 de marzo de 2022, el juzgado de primera instancia vínculo a la presente acción de tutela a la Secretaría de Salud Distrital de Riohacha y a la Secretaría de Salud Departamental de La Guajira, otorgándole un término para que procedieran a rendir informe.

Dentro del término presentó informe la **Secretaría de Salud Departamental de La Guajira**, del cual se destaca, que expresan que las entidades promotoras de salud de cada régimen es la responsable de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento de la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo de salud, el acceso efectivo a los servicios de salud y la garantía de la calidad de la prestación de los servicios, la normatividad vigente para la población de este grupo etario determinó la unificación de prestaciones del plan de beneficios de salud para la población perteneciente a los régimen de salud del régimen subsidiado y régimen contributivo.

Informando que en ese sentido se puede establecer en forma clara que la EPS de cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento, o sea la administración del régimen financiero, la gestión de riesgo la articulación de los servicios que garanticen el acceso efectivo y la garantía de la calidad de la prestación de los servicios de salud a los afiliados, razón por la cual consideran que está a cargo de la EPS de la accionante la responsabilidad solicitada en las pretensiones, por lo que no se encuentran legitimados en la causa en la presente solicitud de tutela.

El 7 de marzo de 2022, se resolvió por el Juzgado de primera instancia vincular a la presente solicitud a Leidy del Carmen, Eilenn Tenilda Benjumea Ramírez, Aylin Giselle Rodríguez, Jaider Javier Rodríguez Puello, Jaider Jessy Rodríguez Gutiérrez, Yolimar Rodríguez Gutiérrez y Kimberly Lizbeth Rodríguez Gutiérrez, para que ejercieran su derecho defensa y contradicción otorgándole un término estipulado, aportando oficios a través de los cuales dicen hicieron la respectiva notificación.

2.- Fallo de primera instancia emitido el 10 de marzo de 2022.

El a quo, Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Riohacha La Guajira, a través de Sentencia del 10 de marzo del año en curso, profirió sentencia en la que resolvió:

Primero: Conceder la protección al derecho fundamental a la salud deprecado por el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, por lo expuesto en la parte motiva de esa providencia.

Segundo: Ordenar a la Secretaría de Salud del Departamento de La Guajira, Secretaría de Salud del Distrito de Riohacha y la EPS Sanitas, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de ese proveído y en el marco de sus competencias, realizara la gestión administrativa del caso para lograr la afiliación efectiva del actor al régimen subsidiado en el sistema de seguridad social en salud y en consecuencia la efectiva continuidad de la prestación del servicio de salud bajo los parámetros expresados en esa providencia.

Tercero: Negar por improcedente el trámite de la presente acción para la protección del derecho fundamental a la seguridad social correspondiente a la continuidad en el pago la mesada pensional y calificación de pérdida de capacidad laboral, por lo expuesto en la misma providencia-.

3.- Impugnación.

La parte accionante, inconforme con la decisión la impugna, manifestando el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, que presenta impugnación contra el fallo de tutela respecto del numeral 3° de la parte resolutive, que negó por improcedente el trámite la presente acción para la protección de los derechos del derecho fundamental a la seguridad social correspondiente a la continuidad en el pago de las mesadas pensionales y calificación de la capacidad laboral.

Muy comedidamente manifestó que en estos momentos es una persona inválida que no puede valerse por sí mismo, la entidad Porvenir S.A., para seguir conservando la pensión, le manifiesta

que tiene que aportar un certificado de incapacidad laboral emitido por la Junta Calificación Laboral Regional, examen que le cuesta un millón de pesos, valor que en estos momentos no pueden pagar teniéndose en cuenta sus condiciones físicas y mentales que le imposibilitan trabajar y así de esa manera poder ganarse honradamente el dinero-

Por lo que solicita se le tutele su derecho a la seguridad social, toda vez que se ve comprometido ese derecho, sino realiza el dictamen, ya que no cuenta con el dinero para poder costear el dicho valor del dictamen, pero la accionada Porvenir S.A., si tiene los medios para poder remitirlo a la junta de calificación de invalidez con su propio peculio, por lo que solicita sea revocado el numeral tercero del fallo y se le conceda lo solicitado.

Admitida la segunda instancia por auto del 24 de marzo de 2022, agotado el trámite y considerando que se cuentan con los elementos de juicio necesario para emitir un fallo acorde a la Norma Superior, la impugnación se resuelve, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1.- Naturaleza de la acción incoada.

La acción de tutela en los términos consignados en el artículo 86 del Documento Constitucional y desarrollados por el Decreto 2591 de 1991, constituye un instrumento jurídico-procesal de naturaleza especial, mediante el cual se pretende obtener de los jueces, a través de un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando quiera que estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o en los eventos establecidos para los particulares, siempre y cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo para obtener la pretendida protección.

2.- La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela. T 122 de 2010.

La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: *“Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”*^[37].

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social^[38]. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

“Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. El derecho a la pensión de invalidez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando padecen de una discapacidad que disminuye o anula su capacidad laboral lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna.

Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe ocurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social^[39].

De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación –igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural-.

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello *reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela*. Los segundos, *desprovistos de carácter fundamental* por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, *la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente*.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad”^[40].

Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva^[41]. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que impliquen exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que *todos los derechos constitucionales son fundamentales*^[42] pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

Ahora bien, una cosa es la funda mentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales –, como el derecho a la pensión de invalidez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas^[43].

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico *no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela* pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cuál es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En este sentido, la Corte ha señalado que *sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario*, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado^[44], previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela *cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión*^[45].

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social – dentro del cual se inscribe el derecho a la pensión de invalidez-, es un derecho fundamental y que, cuando se presenten alguno de los dos eventos descritos, *la acción de tutela puede ser usada para protegerlo*, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

3.- Caso concreto.

En el caso concreto, encontramos que el problema jurídico será analizar la procedencia de la acción de tutela para inmiscuirse en la decisión del tema que tratan las pretensiones principales de esta acción constitucional, para el caso que se ordene la AFP PORVENIR S.A., y SANITAS EPS_

I) Porvenir S.A, Fondo de Pensiones y Cesantías, le restablezca el reconocimiento y pago de la cuota parte de su pensión sobreviviente. II) Porvenir S.A., Fondo de Pensiones y Cesantías, que proceda la remisión del accionante a la Junta Regional de Calificación, para que la respectiva valoración de su pérdida de capacidad laboral. III) La empresa EPS Sanitas, le siga prestando los servicios médicos y el tratamiento que debe ser seguido por él y que fueron previamente ordenados por su tratante.

Debiéndose establecerse de acuerdo a lo probado en el expediente, si se están vulnerando o amenazando los derechos fundamentales invocado por el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez por la empresa AFP accionada Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y/o la EPS Sanitas, y en caso de existir alguna amenaza o vulneración, si se cumple con los criterios de procedencia de la acción de tutela, cuando existe otros medio de defensa judicial, para el caso, para decidir asuntos laborales cuando se demuestre algún perjuicio irremediable.

Previo análisis del problema jurídico planteado, se debe hacer el estudio sobre los presupuestos de procedencia de una acción de tutela, de conformidad con lo establecido por el Decreto 2591 de 1991, en primer lugar, la legitimación e interés que pueda existir por activa y por pasiva, que en este caso en principio se cumple.

Respecto de la *legitimación por activa*, por regla general se considera que la tiene la persona cuyos derechos fundamentales considera están siendo amenazados o vulnerados. En el caso en estudio, la acción de tutela fue presentada por el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, actuando en nombre propio, afirmando que, a la fecha de presentar la tutela la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y Sanitas EPS le vulneran sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social, mínimo vital y petición; por ello busca de la primera, que restablezca el reconocimiento y pago de la cuota parte de su pensión sobreviviente, y que proceda a su remisión a la Junta Regional de Calificación, para que hagan la respectiva valoración de su pérdida de capacidad laboral. Y de la EPS empresa Sanitas, le sigan prestando los servicios médicos y el tratamiento que debe ser seguido por él y que fue previamente ordenados por su tratante. Argumentos que, en principio le darían legitimación para solicitar la tutela de los derechos invocados.

En relación con la *legitimación en la causa por pasiva*, se encuentra que está deberá ser ejercida contra la persona natural o jurídica que presuntamente pueda ser la responsable de la amenaza o vulneración que alega el accionante. En el caso concreto, se reitera la parte actora dirigió la presente acción contra las accionadas Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Sanitas EPS., de quienes pretende el cumplimiento de las pretensiones tutelares. Por su parte el Juzgado de primera instancia, se sirvió vincular Cardio Live IPS S.A.S., Clínica de Salud Mental Medica SAS, Fundación Reintegrar RV, Fundación Campbell, Centro Diagnostico de Especialistas Clínica Cedes, ya que visto los hechos consideró que les puede afectar la decisión que se emita positiva o negativamente. Lo que permite que estén vinculadas las personas jurídicas llamada presuntamente a responder por los hechos.

En el caso *sub examine*, en segundo lugar, se debe analizar el requisito de *Inmediatez*, este requisito de procedibilidad le impone al tutelante el deber de formular la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales.

Si se analizan los hechos tutelares, encontramos que la parte tutelante el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, considera como vulnerados los derechos alegados, por parte de las empresas accionadas Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y Sanitas EPS, hechos ocurridos con la respuesta dada a sus peticiones relacionando como fecha de presentación de las mismas los meses mayo y agosto de 2021. Habida consideración de que la mencionada acción de tutela se presentó el 24 de febrero del año 2022, afirmando que las respuestas fueron desfavorables para los intereses del actor, y que persiste la vulneración a sus derechos a la salud, vida digna y seguridad social, impone concluir que se acudió a este mecanismo dentro de un plazo razonable.

En tercer lugar, debemos analizar el requisito de *subsidiaridad*, es decir, que la persona no cuente con otro medio, mecanismo de defensa judicial, efectivo y eficiente para la protección de los derechos invocados, lo que haría que de no utilizarse la acción de tutela de manera transitoria se daría un perjuicio irremediable, por existir una amenaza o vulneración a algún derecho fundamental, este es el requisito que habilitará para que este Despacho, previo a decir, si se cumple o no, proceda hacer el estudio del asunto planteado, pues está más que conocido que la Corte Constitucional ha dicho que al Juez de Tutela le corresponde analizar la situación particular del caso concreto, los derechos que se alegan presuntamente vulnerados y con ello determinar si la acción de tutela, es el mecanismo eficaz y garante de los derechos fundamentales invocados, descartando apreciaciones previas que se den sin analizar el caso concreto.

La Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que la acción de tutela se convierte en un mecanismo transitorio y excepcional para dirimir asuntos de trámite legal, cuando se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga necesaria la intervención del Juez Constitucional, pues, aunque exista un mecanismo ordinario a través del Juez Natural este no resultaría eficaz por la necesidad de una pronta decisión sobre el asunto.

En el caso en estudio, lo pretendido por la parte accionante, es que se dé la tutela de los derechos invocados y que se ordene para el caso a los representantes legales o quienes haga sus veces y/o sea competente en la AFP PORVENIR S.A. y SANITAS EPS:

I) Porvenir S.A, Fondo de Pensiones y Cesantías, que le restablezca el reconocimiento y pago de la cuota parte de su pensión sobreviviente. II) Porvenir S.A., Fondo de Pensiones y Cesantías que proceda a su remisión a la Junta Regional de Calificación, para la respectiva valoración de su pérdida de capacidad laboral. III) La empresa EPS Sanitas, le siga prestando los servicios médicos y el tratamiento que debe ser seguido por él y que fueron previamente ordenados por su tratante.

En primer lugar, para poder decidir las dos pretensiones referentes a *Porvenir S.A., Fondo de Pensiones y Cesantías*, lo primero será analizar el derecho de petición presentado por el actor ante la AFP Porvenir, el 7 de mayo de 2021, en la imagen se observa lo que pretende:

PRETENCIONES

Debido a lo anteriormente planteado, solicito a ustedes:

1. Que se considere la condición, expresada por mí y amparada por el especialista tratante, para adelantar los trámites pertinentes a los cuales pueda acceder y que vayan en pro del restablecimiento de mis derechos y beneficios.
2. Que se haga la gestión correspondiente y sea expedido el documento que contenga concepto de rehabilitación desfavorable, haciendo uso de los recursos, conceptos clínicos médicos, o lo que se considere necesario para la veracidad del mismo.
3. De no poder ejecutar y dar respuesta favorable a mis solicitudes, se dé por escrito, de manera precisa la objeción a la misma con las razones que pudieran ser causales de la negativa.

APORTES

1. Última Historia clínica con evolución y concepto especialista
2. Copia de respuesta Sanitas
3. Copia de documento de identidad
4. Concepto medico reciente

Para notificaciones:



JANIER YESITH RODRIGUEZ GUTIERREZ
C.C 1.118.866.197
Dirección: Calle 25 No. 7-194
Celular: 3017839855
Correo electrónico: jrodriguez@porvenir.com.co

Derecho de petición del cual recibió respuesta por la AFP Porvenir S.A., fechada 24 de mayo de 2021, respuesta que se considera por el Despacho está acorde con lo solicitado, ver imagen:

104

Bogotá D.C., 2021-05-24

Señor

JANIER RODRIGUEZ
CL 25 No 7 194
RIOHACHA
GUAJIRA

Ref. Rad. Porvenir: 0104790010917800
CC: 1118866197
T.N: 10495496
BENEF

Reciba un saludo cordial.

De acuerdo a su solicitud relacionada con el concepto de rehabilitación, le informamos lo siguiente:

1. Damos acuse de recibido a nivel informativo a su escrito, con adjuntos, y le manifestamos que realizadas las verificaciones en nuestra base de datos, registra como beneficiario de pensión de sobrevivencia, con ocasión al fallecimiento de nuestro afiliado HAYDER RODRIGUEZ FONTALVO, anexamos copia de certificado de pensionado.

Ahora bien, usted se encuentra como afiliado vigente, sin embargo, no se evidencian aportes, así las cosas, debe dirigirse a la Empresa Promotora de Salud (EPS) en la cual tiene la calidad de beneficiario y llevar el formato Concepto de Rehabilitación, adjunto, para que su médico tratante diligencie dicho formato. O si es el caso y tiene la calidad de discapacitado, la EPS también puede emitirle ese certificado de discapacidad que también podría aportar.

Es oportuno mencionar que, no se evidencia radicación formal de solicitud de subsidio de incapacidad, ni de valoración para la calificación de Pérdida de Capacidad Laboral (PCL), a fin de iniciar proceso que haya lugar. Para iniciar con el proceso, será necesario que radique en cualquiera de nuestras oficinas los documentos que se relacionan en listado adjunto conforme al concepto de rehabilitación.

2. Con relación a expedir el Concepto de Rehabilitación Desfavorable, resaltamos que debe llevar a su médico tratante el formato de rehabilitación adjunto, para que su médico tratante diligencie dicho

Por su parte la EPS Sanitas, respecto de su petición de concepto favorable o desfavorable de rehabilitación informa, ver imagen:

 **EPS Sanitas**
Barranquilla, 21 de Mayo de 2020
Comunicación No. MLC-0099-2020

Señor(a)
JANIER YESITH RODRIGUEZ GUTIERREZ
CC 1.116.866.197
Calle 2847-194
Tel: 3008037566
Riosacha- Guajira

Asunto: Respuesta a Solicitud de Concepto de Rehabilitación
UB: Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez CC 1.116.866.197

Respetado (a) señor (a):

En atención a su solicitud de fecha 14 de mayo de 2020, en el cual solicita que EPS Sanitas expida concepto de rehabilitación que incluya fecha de expedición, diagnósticos, secuelas, concepto no favorable, y origen como común de patología pedecida por usted, debido a que a la fecha no cuenta con la capacidad de ejercer ningún tipo de labores o actividades sin el acompañamiento de un tercero, al respecto nos permitimos informar lo siguiente:

Una vez revisado el historial clínico aportado por usted, y de acuerdo a su solicitud, le notificamos que los Pronósticos de Recuperabilidad o Conceptos de Rehabilitación Integral solo aplican para usuarios cotizantes para los trámites respectivos ante las Entidades Pagadoras de Pensión, según lo establecido en el Decreto 019 de 2012 art 142, lo cual no aplica en su caso en particular, teniendo en cuenta que usted se encuentra afiliado en calidad de beneficiario de pensión por invalidez y/o sobreviviente, por lo tanto, Comisión laboral de EPS Sanitas se ratifica en la comunicación dada el 26 de abril del 2020, en la cual le informó que: la calificación de pérdida de capacidad laboral excede la competencia de las EPS, de acuerdo a la normatividad legal vigente, ni aplica la pensión de dicha entidad, respetuosamente sugerimos hacer acercamientos a modo propio a su Administradora de Fondo de pensiones respectiva.

Esperamos haber dado respuesta a su solicitud y continuaremos brindándole apoyo en todo lo que sea de nuestra pertinencia.

Cordialmente,

Así las cosas, teniéndose en cuenta la subsidiariedad de esta acción de tutela, para inmiscuirse en asuntos legales – laborales – seguridad social-, se tiene que ante Porvenir S.A., Fondo de Pensiones y Cesantías, no hay prueba en el expediente tutelar de que el actor hubiere realizado la petición de que procedieran a hacer su remisión a la Junta Regional de Calificación, para que se emitiera la respectiva valoración de su pérdida de capacidad laboral, con lo que pudiera solicitar ser beneficiario de la pensión de invalidez que dejó su padre.

Ante lo cual, la entidad menciona que existe una normatividad legal que establece cual es el trámite que debe surtir para esta clase de solicitudes y si bien el actor menciona que para realizarse el dictamen que determine la pérdida de capacidad laboral por la Junta Regional de Invalidez, debe consignar un salario mínimo y alega no tener el dinero para ello, no obstante, tampoco aporta prueba de que se le hubiere dado tal respuesta y quien se la dio, con lo cual pudiera este Despacho analizar la petición, respuesta y la normatividad legal establecida, y así entrar a establecer si existía vulneración a algún derecho fundamental.

Ahora bien, la anterior petición en armonía con la solicitud de que Porvenir S.A, Fondo de Pensiones y Cesantías, le restablezca el reconocimiento y pago de la cuota parte de una pensión sobreviviente por invalidez, pues afirma que no puede solicitar su cuota parte de la pensión por estudios, en virtud de que con ocasión al accidente automovilístico por el sufrido, debido a las secuelas permanentes y que afirma lo ha hecho una persona discapacitada en situación de invalidez, se le imposibilita estudiar, este Despacho debe decir que la Corte Constitucional en la Sentencia T-273/18, manifestó:

“Sobre el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la sustitución pensional, es preciso destacar que el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 establece que uno de los beneficiarios son los hijos en situación de invalidez, si dependían económicamente del causante, es decir, que no tienen ingresos adicionales y mientras subsista tal condición. Tal como se explicó con anterioridad en esta sentencia, de dicho artículo se desprenden tres requisitos: (i) la relación filial; (ii) la situación de discapacidad y que la misma hubiese generado pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%; y (iii) la dependencia económica del hijo en situación de invalidez con el causante de la prestación.”

Lo anterior, en armonía con el caso bajo estudio, se encuentra que:

i) El **parentesco**, está acreditado pues si bien el peticionario Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez no allega copia de su registro civil, ni el registro civil de defunción de quien en vida dice fue su padre, por quien busca la sustitución pensional. No obstante, tal relación civil fue admitida por la entidad accionada Fondo de Pensiones Porvenir S.A., quien en un principio le resolvió la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional, solicitándole que acreditara el requisito de estudio, se transcribe: *“A la fecha el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, se encuentra suspendido su mesada pensional debido a que no acredita los requisitos establecidos por la ley “certificado de estudio” para acreditar la calidad de beneficiario de la pensión sobrevivientes de su señor padre que en paz descanse”*

ii) En cuanto ***al estado de invalidez***, el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, alega que de acuerdo con el dictamen médico de la IPS Reintegra RV del 23 de diciembre de 2021, se le expide certificación por el Ministerio de Salud de tener una discapacidad de 62.57, certificación que aporta.

Pero también es cierto, que en el expediente no hay prueba de que dicho certificado de discapacidad hubiere sido aportado con la solicitud de pago de cuota parte de pensión sobreviviente al accionante, pues si bien, se observa una solicitud en mayo de 2021, por quien se identifica como su señora madre, ella en la misma menciona que aporta la historia clínica y telefónicamente se le exige el certificado de invalidez, por ello no hay prueba alguna que demuestre que una vez expedida la certificación de discapacidad se hubiere solicitado por el actor a Porvenir S.A., pago de cuota parte de una pensión sobreviviente por invalidez.

Al igual, no se aporta certificación de invalidez, siguiendo las disposiciones legales sobre la materia, al tenerse en cuenta las diferencias figuras jurídicas de la discapacidad y la invalidez¹, solicitando la norma que regula materia que la *situación de discapacidad hubiese generado pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%*.

Siendo entonces la autoridad legal competente la encargada de determinar una vez se presente la solicitud con las pruebas pertinentes, si el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, deba ser o no beneficiario del pago de una cuota parte de una pensión sobreviviente por invalidez, más aún cuando también debe demostrar el tercero de los requisitos iii) *la dependencia económica del hijo en situación de invalidez con el causante de la prestación*.

Así, no se encuentra por este Despacho en virtud de la subsidiariedad de esta acción de tutela, que este acreditado este requisito para poder resolver el problema jurídico propuesto, pues sería del caso analizar los requisitos legales para acceder a la sustitución pensional consagrados en el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el caso de Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez en su condición de hijo en situación de discapacidad, siempre que dependiera económicamente del causante, pues en este caso, no se demuestra que el señor tiene Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, hubiere acudido a través de solicitud una vez cumpliera con los requisitos legales ante Porvenir S.A., a solicitar pago de cuota parte de una pensión sobreviviente por invalidez, y que Porvenir S.A., le hubiere negado ese derecho de manera caprichosa sin observar los requisitos legales.

De manera pues, que conforme a los antecedentes expuestos y los elementos probatorios que se allegaron al expediente, la tutela no se puede conceder como mecanismo transitorio ni directo o principal de protección, en razón de que el actor debía demostrar que al cumplir los requisitos legales para acceder a la sustitución pensional, literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, solicitó ante la AFP Porvenir S.A., pago de cuota parte de una pensión sobreviviente por invalidez, y la AFP Porvenir S.A., le hubiere negado ese derecho de manera caprichosa sin observar los requisitos legales o hubiere guardado silencio.

Ello es así debido a que la acción constitucional es un mecanismo excepcional que actúa cuando los mecanismos legales no son idóneos o siendo idóneos, debido a la protección de un derecho de manera urgente se acuda a la tutela, en este caso el actor no aporta prueba de haber activado el mecanismo legal con la solicitud en debida forma del pago de cuota parte de una pensión sobreviviente por invalidez.

En conclusión, respecto de las dos pretensiones referentes a Porvenir S.A., Fondo de Pensiones y Cesantías, no se justifican la actuación pronta y oportuna del Juez Constitucional para lograr la garantía de los derechos fundamentales invocados, en especial del derecho al mínimo vital,

¹ En la sentencia T-198 de 2006 se especificó que los conceptos de discapacidad e invalidez son disímiles, siendo el último una especie dentro del género de las discapacidades. Puntualmente se dijo: “se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.” La discapacidad, implica el padecimiento de una deficiencia física o mental que limite las normales facultades de un individuo, lo cual armoniza con las definiciones propuestas en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. En éstas se habla, de manera idéntica, de ‘persona impedida’ y ‘persona con discapacidad’, respectivamente. La invalidez ha sido asumida en el contexto internacional como la reducción de la capacidad para el trabajo a consecuencia de limitaciones físicas o mentales debidamente probadas. Esta idea ha sido adoptada en el contexto jurídico nacional, que define a la invalidez como una pérdida que excede el 50% de la facultad para laboral, lo que presupone la valoración de la merma.

porque no está plenamente demostrado en este expediente tutelar que se cumplen los requisitos previstos en la ley para ser beneficiario del derecho reclamado y tampoco se demuestra la subsidiariedad de la acción, es decir, que la parte accionante hubiere presentado solicitud una vez cumpliera con los requisitos legales ante Porvenir S.A, de pago de una cuota parte de una pensión sobreviviente por invalidez y de valoración de pérdida de capacidad laboral, pues de este último, si bien aporta un formato el mismo es poco legible y no se logra ver que hubiere sido debidamente diligenciado y radicado.

Razón por la cual este Despacho en segunda instancia, confirma el numeral tercero del fallo de primera instancia, que previa exposición de motivos dispuso: *Tercero: Negar por improcedente el trámite de la presente acción para la protección del derecho fundamental a la seguridad social, correspondiente a la continuidad en el pago la mesada pensional y calificación de pérdida de capacidad laboral, por lo expuesto en esta providencia.*

En segundo lugar, se debe analizar la solicitud presentada contra Sanitas EPS, para el caso; “La empresa EPS Sanitas, le siga prestando los servicios médicos y el tratamiento que debe ser seguido por él y que fue previamente ordenados por su tratante”. El argumento del actor para solicitar esto es que AFP Porvenir S.A., deba restablecer el pago de sus aportes de seguridad social, pues como ya se explicó considera que la administradora pensional debe restablecerle el pago de de una cuota parte de una pensión sobreviviente por invalidez.

Al respecto se debe decir que la EPS alega claramente que el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, se encuentra en estado retirado, teniendo en cuenta la novedad de suspensión de la pensión reportada por Porvenir S.A., el 12 de marzo de 2020 mediante planilla de liquidación de aportes número 34505822, adjuntando certificación de afiliación. Lo que es confirmado una vez revisado ADRESS, pues encontramos que:

Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado					
COLUMNA 1	COLUMNA 2				
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC				
NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN	1118866187				
NOMBRES	JANIER YESITH				
APELLIDOS	RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ				
FECHA DE NACIMIENTO	01/09/1973				
DEPARTAMENTO	LA GUAJIRA				
MUNICIPIO	RIOHACHA				
Datos de afiliación					
ESTADO	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD	REGIMEN	FECHA DE INSCRIPCIÓN	FECHA DE PRÓXIMA DEDUCCIÓN DE APORTES	FECHA DE VIGENCIA
RETIRADO	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANTAS S.A.S	CONTRIBUTIVO	01/09/2013	30/12/2021	COTIZANTE
Fecha de impresión: 04/03/2022 11:02:45 Estado de origen: NO HA SIDO					

Así las cosas, en lo que respecta a la petición de que la EPS Sanitas mantenga activa la afiliación, con el fin de brindarle los servicios de salud que requiere por la discapacidad que padece, se debe decir, que no se puede dar esa orden, pues la EPS en debida forma sustentó que no están recibiendo aporte de cotizaciones en salud a favor del accionante por parte de Porvenir S.A., a quien tampoco se le puede ordenar que proceda al pago de las cotizaciones, pues por las razones expuestas en precedencia, se deja claro que existe un conflicto legal sobre el reconocimiento y pago de una cuota parte de una pensión de sobreviviente por invalidez, que por vía de tutela no se puede dirimir.

Ahora bien, si se analiza el fallo encontramos que el Juzgado de primera instancia ordena:

Primero: Conceder la protección al derecho fundamental a la salud, deprecado por el señor Janier Yesith Rodríguez Gutiérrez, por lo expuesto en la parte motiva de esa providencia.

Segundo: Ordenar a la Secretaría de Salud del Departamento de La Guajira, Secretaría de Salud del Distrito de Riohacha y la EPS Sanitas, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del proveído y en el marco de sus competencias, realicen la gestión administrativa del caso para lograr la afiliación efectiva del actor al régimen subsidiado en el sistema de seguridad social en salud y en consecuencia la efectiva continuidad de la prestación del servicio de salud, bajo los parámetros expresados en esa providencia.

Cuarto: Advertir que la desobediencia de ese fallo acarrearía las sanciones que consagra el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 52.

Este Despacho visto lo resuelto, respecto de la tutela del derecho a la salud, en consecuencia, la orden dada en el fallo de primera instancia en los numerales segundo y cuarto, dirigidas a la EPS Sanitas y las Secretarías de Salud Distrital y Departamental, para que realicen la gestión administrativa del caso para lograr la afiliación efectiva del actor al régimen subsidiado en el sistema de seguridad social en salud y en consecuencia la efectiva continuidad de la prestación del servicio de salud, bajo los parámetros expresados en esa providencia.

Considera este Juzgado que para poderse dar esta orden por vía de tutela, se debe demostrar que el actor cumpla con los requisitos del artículo 55 del Decreto 2353 de 2015²:

Es decir, bajo la actualización legal, las personas pertenecientes a los grupos A, B o C del Sisben metodología 4, pueden cambiarse de uno a otro régimen con todo su núcleo familiar, sin cambiar de EPS, sin necesidad de hacer nueva afiliación y sin que exista interrupción de la misma. Pero para ello, debe la persona afiliada manifestar su voluntad de ejercer la movilidad llenando un formulario ante la EPS. Por otro lado, en caso de que el afiliado no este clasificado en los grupos A, B o C del Sisben metodología 4, deberá solicitar la aplicación de la encuesta a la Oficina del Sisben o Secretaría de Planeación Municipal o Distrital, según el caso.

Lo anterior, quiere decir, que el actor debió en caso de cumplir los requisitos para la movilidad de régimen contributivo a subsidiado, solicitar esto a través de un formulario debidamente diligenciado, y si no cuenta con Sisben en los niveles legales establecidos debe solicitar la aplicación de la encuesta a la Oficina del Sisben o Secretaría de Planeación Municipal o Distrital según el caso, lo que sí es claro es que en ambas opciones de afiliación se necesita de la voluntad del actor de cambio de régimen para garantizar su derecho a la salud, no obstante, en este caso el actor no menciona en los hechos de tutela tal voluntad, pues lo que pretende es seguir su afiliación en el régimen contributivo como pensionado sobreviviente. Lo que no le impide en caso de querer la movilidad o afiliación al régimen subsidiado poder realizar el trámite legal descrito.

Lo que lleva a la necesaria conclusión, de que si no se demuestra que por el afiliado se dio “*manifestación de voluntad*” por medio de la cual solicitó en debida forma la movilidad de régimen del contributivo al subsidiado o pidió su encuesta del Sisben, no se puede hablar de que las autoridades accionadas y vinculadas para el caso EPS Sanitas y las Secretarías de Salud Distrital y Departamental, estén vulnerando o amenazando el derecho fundamental a la salud y por ello, no hay lugar a las órdenes de tutela, por lo que se dispone revocar los numerales primero, segundo y cuarto del fallo de tutela de primera instancia, disponiéndose negar el amparo del derecho a la salud.

4. Decisión.

En conclusión, no existe pruebas suficientes que demuestren una afectación a los derechos fundamentales alegados-, y que esa vulneración u amenaza alegada estén ocasionando un perjuicio irremediable, que permita por medio de esta acción de tutela de manera subsidiaria y excepcional ordenar lo solicitado en las pretensiones de esta tutela, que es un asunto legal laboral- seguridad social, es decir, no hay constancia en el expediente de que exista una afectación directa que haga necesaria la intervención excepcional de un Juez Constitucional.

Por lo expuesto, se confirma el numeral tercero del fallo de primera instancia por las razones expuestas en esta sentencia y se revocan los numerales primero, segundo y cuarto del fallo de tutela, disponiéndose negar el amparo del derecho a la salud. Confirmar el fallo en todo lo demás.

En mérito de lo expuesto se,

² “Movilidad entre regímenes. La movilidad es el cambio de régimen dentro de la misma EPS para los afiliados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud focalizados en los niveles I y II del Sisben y las poblaciones especiales de que tratan los numerales 40.7, 40.8, 40.10, 40.11 y 40.12 del artículo 40 del presente decreto... **Parágrafo.** Hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, los afiliados manifestarán su voluntad de ejercer la movilidad en el formulario físico que adopte el Ministerio de Salud y Protección Social y se suscribirá y reportará ante la EPS, de manera individual y directa, cuando se realice al régimen subsidiado; y de manera conjunta con su empleador, si fuere el caso, cuando se realice al régimen contributivo. La verificación del nivel del Sisben estará a cargo de la EPS del régimen contributivo a través de la herramienta de consulta masiva que para el efecto dispone el Departamento Nacional de Planeación.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero, segundo y cuarto, disponiéndose negar el amparo del derecho a la salud, del fallo de tutela impugnado proferido el diez (10) de marzo de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Riohacha - La Guajira, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en sus demás numerales el fallo de tutela impugnado proferido el diez (10) de marzo de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Riohacha - La Guajira, por las razones expuestas en esta sentencia.

TERCERO: COMUNÍQUESE esta decisión al Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Riohacha, La Guajira, y **NOTIFÍQUESE** a las partes la presente decisión en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: TAL como lo ordena el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, remítase por secretaría el expediente para su eventual revisión a la Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

CÉSAR ENRIQUE CASTILLA FUENTES

Firmado Por:

**Cesar Enrique Castilla Fuentes
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 001
Riohacha - La Guajira**

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:

af388d45766cdb467939c1fc42c7ca87643a17cfb9604e991cc6e0d275e456ef

Documento generado en 22/04/2022 04:56:44 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>