



**JUZGADO TREINTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO
ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Tercera**

Ciudad y fecha	Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020)
Referencia	Expediente No. 11001333603420200020700
Accionante	María Nelly Nieto de Avendaño
Accionado	Nación–Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional –Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Medio de control	Tutela
Asunto	Fallo de Primera Instancia

Procede el Despacho a proferir fallo dentro de la Acción de Tutela presentada por la señora María Nelly Nieto de Avendaño, por medio de apoderado, en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la protección de la vejez, a la seguridad social, al mínimo vital ,al acceso efectivo a la administración de justicia, los cuales considera están siendo afectados por el accionado al abstenerse de otorgar la sustitución pensional de la prestación por jubilación de que gozaba su esposo.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

En la solicitud de tutela se formularon las siguientes pretensiones:

“(...) Primero.-tutelar a favor de MARIA NELLY NIETO DE AVENDAÑO, identificada con cedula de ciudadanía No 41.334.543, cónyuge supérstite del Sr Ag.(r)JUAN MISAEL AVENDAÑO ALFONSO, quien en vida se identificó con cedula de ciudadanía No 3.286.901, como protección y garantía a los derechos fundamentales: a la igualdad, al mínimo vital, a la seguridad social, a protección del adulto menor como sujeto de especial protección constitucional, a la vida digna, igualmente al derecho a la salud por las complicadas y graves patologías que presenta, al acceso efectivo a la administración de justicia, al acceso efectivo y eficiente a la administración pública, y en consecuencia.

Segundo.-Ordenar a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, proceda a reconocer a la accionante la sustitución pensional (pensión de sobreviviente), a la que tiene derecho, teniendo en cuenta la interpretación constitucional sobre el asunto efectuada por el Juez constitucional de Tutela (precedente constitucional),ratificados por el jurisprudencialmente, y demás normas concordantes, más los acrecimientos, indexaciones y actualizaciones a que hubiere lugar.

Tercero.-Ordenar a quien corresponda en la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas

siguientes a la notificación, proceda a ACTUALIZAR LA BASE DE DATOS CORRESPONDIENTE para que se restablezcan los servicios médicos asistenciales a la Sra. MARIA NELLY NIETO DE AVENDAÑO, identificada con cedula de ciudadanía No 41.334.543, cónyuge supérstite del Sr Ag.(r) JUAN MISAEL AVENDAÑO ALFONSO.

Cuarto.-Designar como apoyo provisional a la señora NUBIA LUCÍA AVENDAÑO NIETO, CC 51.852.685 expedida en Bogotá, Hija del matrimonio quien actualmente vive con la señora María Nelly Nieto de Avendaño, conforme a lo narrado en hecho 2º.

Quinta.-Reconocer personería adjetiva a este togado.

Sexto.-Dese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. (...)"

1.2. Fundamento Factivo

1.2.1. La señora MARIA NELLY NIETO DE AVENDAÑO era la esposa del extinto agente (r) JUAN MISAEL AVENDAÑO ALFONSO, quien era beneficiario de asignación de retiro reconocida por CASUR y murió el 12 de junio de 2018.

1.2.2. Actualmente la señora MARIA NELLY NIETO DE AVENDAÑO tiene 77 años, se encuentra viviendo con su hija NUBIA LUCÍA AVENDAÑO NIETO, quien dedica su tiempo al cuidado de su la progenitora, sin embargo, con escasos recursos habitan en una vivienda muy modesta en la carrera 68 F # 66 20 barrio Bellavista Bogotá, los exiguos ingresos no le permite proporcionar los cuidados mínimos que la compleja condición médica requiere, por lo que promovió acción de tutela que fue fallada en favor de los derechos fundamentales de su progenitora tal como se muestra en folios 16 a 20 del anexo de pruebas y en la cual se ordena el suministro de servicio especiales de salud, entre ellos la inclusión en el programa médico domiciliario de la Policía Nacional POMED.

1.2.3. Según certificado médico emitido por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional la señora MARIA NELLY NIETO DE AVENDAÑO padece de demencia multifactorial, es usuaria de sonda de gastrostomía, tiene úlceras por presión en región sacra y trocánter mayor izquierdo, además de antecedentes de infección de vías urinarias a repetición por lo que requiere atención medica especial y permanente.

1.2.4. El 4 de diciembre de 2019 se reiteró la sustitución pensional y mediante comunicación del 13 de febrero de 2020 la accionada se abstuvo de otorgarla, sin incluir medida cautelar o provisional alguna en favor de la accionante a pesar de la gravedad de sus patologías, de la situación de pandemia y de haber un fallo de tutela vigente que ordena prestación de servicios médicos que dependen de la base de datos de afiliados a CASUR.

1.2.5. Señala la accionante que si bien la respuesta de la entidad se hace con base al fundamento legal La ley 1996 de 26 de agosto de 2019, que cambia los paradigmas sociales y judiciales frente a las interdicciones e incapacidades a partir de la expedición de la norma da un vuelco que obviamente trae dificultades en su implementación, el caso en concreto amerita una interpretación sistemática normativa que resuelva los imperativos de tensión entre el rigor de un proceso judicial de adjudicación de apoyos en tiempos de coronavirus y el derecho fundamental a la vida, salud y dignidad humana de un sujeto de especial protección constitucional; siempre a favor del ser humano, un perentorio deber de aplicar una interpretación pro homine, no sólo por ser jurídicamente exigible sino éticamente deseable.

1.3. Actuación procesal

La presente tutela fue radicada el 9 de septiembre de 2020 y mediante auto del 10 de septiembre de 2020 fue admitida, ordenando notificar.

1.4. Contestación

Notificada la demanda al accionado **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL** el día 10 de septiembre de 2020, solicita declarar improcedente la acción de tutela, ya que como se evidencia en el acápite de hechos se dio respuesta clara y de fondo a la petición indicada, pues de acuerdo a lo indicado en concepto medico psiquiátrico expedido por el área de servicios de salud mental HOCEN expedida el 21-11-2017, donde se indica que la señora MARIA NELLY NIETO DE AVENDAÑO, padece de DEMENCIA, condición que compromete su capacidad de autonomía, autodeterminación y así mismo su capacidad para el manejo de dinero y bienes; siendo esta la razón por la cual la autoridad judicial competente debe designar una persona de apoyo judicial, en aras de garantizar la protección de los derechos del mencionado beneficiario, ya que este no cuenta con capacidad jurídica y legal para el manejo de los dineros que recibirá de la cuota pensional.

En lo que respecta de los servicios médicos, indica que estos son prestados por Sanidad Policía Nacional, y son accesorios al reconocimiento de sustitución de asignación mensual de retiro, por lo tanto una vez se reconozca la sustitución de asignación mensual de retiro, CASUR envía copia de acto administrativo a Sanidad para que esta realice la activación, de lo contrario la competente para realizar la activación de servicios médicos es directamente sanidad Policía Nacional.

1.5. Pruebas

- Sustitución poder para actuar.

- Registro Civil de Defunción No 09476827 del Sr Ag. JUAN MISAEAL AVENDAÑO ALFONSO.
- Copia Autentica del Registro Civil de matrimonio entre la señora MARIA NELLY NIETO DE AVENDAÑO y el Sr Ag. JUAN MISAEAL AVENDAÑO ALFONSO (Q.E.P.D.).
- Copia Cedula de ciudadanía del Sr Ag. JUAN MISAEAL AVENDAÑO ALFONSO (Q.E.P.D.).
- Copia Carné CASUR del Sr Ag. JUAN MISAEAL AVENDAÑO ALFONSO (Q.E.P.D.)
- Copia Cédula de ciudadanía de la señora MARIA NELLY NIETO DE AVENDAÑO
- Carné CASUR de la señora MARIA NELLY NIETO DE AVENDAÑO.
- Copia cédula de ciudadanía de la hija NUBIA LUCÍA AVENDAÑO NIETO, CC 51.852.685 expedida en Bogotá.
- Copia certificación bancaria de la Sra. NUBIA LUCÍA AVENDAÑO NIETO, CC 51.852.685 expedida en Bogotá.
- Manifestación por escrito, bajo gravedad de juramento de los hijos de la señora MARIA NELLY NIETO DE AVENDAÑO.
- Concepto médico – Hospital Central de la Policía Nacional.
- Se anexa en PDF, (ultima certificación HOCEN)
- Se anexa en PDF pantallazo de recibo ante CASUR de la insistencia de solicitud de reconocimiento.
- Oficio de respuesta ID No 539686 de fecha 11-09-2020.
- Oficio de respuesta ID No 592985 de fecha 14-09-2020

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el articulado general y, en particular, en los Artículos 1°, 5° y 8° del Decreto – Ley 2591 de 1991 *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, la Acción de Tutela se dirige o encamina a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares; en este último evento, en los casos señalados de manera expresa y restrictiva por la ley.

Así las cosas, este Despacho es competente para decidir frente a las Acciones de Tutela presentadas por los ciudadanos, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 15 del Decreto 2591 de 1991; así como las demás disposiciones pertinentes.

2.2. Asunto a Resolver

El presente asunto se contrae a establecer si la entidad accionada Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR ha vulnerado los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la protección de la vejez, a la seguridad social, al mínimo vital y el acceso efectivo a la administración de justicia, los cuales considera están siendo afectados por el accionado al abstenerse de otorgar la sustitución pensional de la prestación por jubilación de que gozaba su esposo.

2.3. Derecho a la salud

El derecho a la salud como derecho fundamental ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional hasta llegar a la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud.

Al respecto ha señalado la corte constitucional *“3.3.2. Los artículos 1 y 2 de la ley estatutaria establecieron la naturaleza y el contenido del derecho a la salud y reconocieron, explícitamente, su doble connotación: primero (i) como derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación y la promoción de la salud; segundo, (ii) como servicio público esencial obligatorio cuya prestación eficiente, universal y solidaria se ejecuta bajo la indelegable responsabilidad del Estado.[37]*

3.3.3. Por su parte, el artículo 6 de la mencionada ley es el que mejor determina y estructura jurídicamente el contenido del derecho fundamental a la salud. En él se condensan las características que debe cumplir –tomadas de la Observación General No. 14 del CDESC–, así como los principios que estructuran su prestación como servicio público. Este artículo puntualiza los principios de universalidad, equidad, solidaridad, sostenibilidad, eficiencia y progresividad del derecho, entre otros, como definitorios del sistema de salud y agrega que éstos deben ser interpretados de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás”¹.

Ahora en relación a la salud la jurisprudencia constitucional ha mencionado que: *“En concordancia con lo señalado por la sentencia C-313 de 2014 que ejerció el control previo de constitucionalidad de la ley estatutaria, el mencionado principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento. La adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que “está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor. (...)*

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-171/18, Magistrado Ponente: Dra. CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Las implicaciones económicas de garantizar el derecho a la salud fueron analizadas por la Corte en la mencionada sentencia C-313 de 2014, particularmente cuando estudió el principio de sostenibilidad consagrado en el literal i) del artículo 8º, y los criterios de exclusión de los servicios y tecnologías del sistema de salud consagrados en el artículo 15. Por razones de complejidad y extensión no es necesario entrar a detallar los argumentos presentados, no obstante, es importante mencionar que esta Corporación admitió tales exclusiones y resaltó que el equilibrio financiero tiene como finalidad garantizar la viabilidad del sistema de salud y, por lo tanto, su permanencia en el tiempo. Ahora bien, dicha conclusión –según se aclaró en la sentencia– no puede conducir al equívoco de estimar que el reconocimiento del principio de sostenibilidad es una libertad costo-efectiva para proferir normas y tomar decisiones que lesionen los derechos de los usuarios y desconozcan la jurisprudencia constitucional sobre el acceso efectivo e integral a los servicios de salud. En todo caso, la Corte declaró la exequibilidad del principio de sostenibilidad financiera “bajo el entendido de que no puede comprender la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario”²

2.4. Mecanismo subsidiario.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela no es procedente cuando el afectado disponga de otros medios de defensa, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, es decir, la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario y solo puede acudir a ella a falta de otra alternativa de defensa judicial apta para la protección del derecho.

Este carácter residual de la tutela obedece a la necesidad de preservar las competencias que la ley ha distribuido a la actividad judicial.

Asimismo, quedó dispuesto el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991:

“La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (Subrayado fuera de texto).

Es decir que, si los medios ordinarios de defensa judicial no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección del derecho o de los derechos fundamentales violados o amenazados, es evidente que de manera excepcional la acción de tutela se impone como el instrumento idóneo para salvaguardarlos,

² Corte Constitucional. Sentencia T-171/18, Magistrado Ponente: Dra. CRISTINA PARDO SCHLESINGER

teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha reiterado el vínculo estrecho que une al mínimo vital y la vida digna con la recepción de ciertas acreencias prestacionales.

Por lo tanto, cuando se pide el amparo de derechos fundamentales, la actividad del juez de tutela debe encaminarse primero, a determinar si hay un medio alternativo de defensa judicial que fuera procedente y segundo, en caso de existir un mecanismo por la vía ordinaria, es necesario evaluar su eficacia, pues de no tenerla, la acción de tutela se vuelve en el medio más indicado para proteger de manera definitiva o transitoria el derecho desconocido o amenazado.

Así pues, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente idóneo para proteger sus derechos fundamentales o si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional.

En relación a la no idoneidad del medio de control judicial previsto para resolver la controversia, la jurisprudencia constitucional ha establecido que:

“(...) el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal. La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características (SIC) procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado”³.

Ahora, como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 señala:

*“Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no la instaure, cesarán los efectos de éste.*

³ Corte Constitucional. Sentencia T-324 –18. MP: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.”

Visto lo anterior, el despacho procederá a determinar si en el presente caso existe un medio de control judicial ordinario idóneo y determinar si sería precedente la tutela para evitar un perjuicio irremediable.

2.5. Seguridad Social.

El artículo 48 de la Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social.

El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona dispone que *“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”*.

La Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto en el siguiente sentido: Esta garantía fundamental *“surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”*. Su fundamentalidad se sustenta en el principio de dignidad humana en virtud del cual *“resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos”*⁴

2.6. Caso en Concreto

En el presente caso observa el despacho que hay dos pretensiones muy diferentes, una busca la protección al derecho a la vida y a la salud, debido a la suspensión de los servicios médicos a la señora MARIA NELLY NIETO DE AVENDAÑO y la otra, busca el amparo del derecho al mínimo vital y a la seguridad social, pues pretende que se ordene a la accionada el pago de la sustitución pensional por jubilación de la que gozaba el esposo de la

⁴ Sentencia T-281/18

accionante.

Con respeto a esta última, es necesario aclarar que la entidad accionada no le ha negado el derecho que tiene la señora NIETO DE VENDAHÑO, sino que le ha solicitado que mediante autoridad judicial se designe una persona de apoyo judicial, para que ésta se encargue del manejo de los dineros que recibirá de la cuota pensional, precisamente porque de acuerdo al certificado médico, la accionante sufre de demencia, por lo que no se encuentra en capacidad de hacerlo.

En lo concerniente a este derecho, revisado el material probatorio observa el despacho que no se demostró el perjuicio irremediable que sufriría la señora MARIA NELLY NIETO DE AVENDAHÑO al no recibir el pago de la sustitución pensional, esto es, que careciera de ingresos para su manutención, más si tenemos en cuenta que actualmente vive con su hija quien se hace cargo de ella. Además, tampoco se demostró el principio de inmediatez, pues el esposo falleció el 12 de junio de 2018 y ella presentó la solicitud de sustitución pensional hasta diciembre de 2019, por lo que no habrá lugar al amparo de este derecho.

Ahora, con respecto a la protección al derecho fundamental a la vida y a la salud de la señora MARIA NELLY NIETO DE AVENDAHÑO, se encuentra plenamente demostrada la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio debido al perjuicio irremediable que podría llegar a causarse por la no prestación de los servicios médicos, pues es una señora de 77 años de edad que padece de demencia multifactorial, usa sonda de gastrostomía, tiene úlceras por presión en región sacra y trocánter mayor izquierdo, además de antecedentes de infección de vías urinarias a repetición por lo que requiere atención médica permanente.

Así las cosas, procederá el despacho a amparar el derecho fundamental a la salud y a ordenar a la accionada que se restituya los servicios de salud de la accionante MARIA NELLY NIETO DE AVENDAHÑO como medida provisional, mientras se adelanta la correspondiente designación de una persona de apoyo judicial para el trámite de reconocimiento de la sustitución de pensión de jubilación de su esposo.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. – AMPARAR el derecho fundamental a la vida y a la salud de la señora MARIA NELLY NIETO DE AVENDAÑO, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- NEGAR LA ACCIÓN de tutela con respecto al derecho a la seguridad social, de conformidad con lo ya señalado.

TERCERO. - . ORDENAR a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, para que a través de su director, **BG (r) Jorge Alirio Barón Leguizamón**, o quien haga sus veces, proceda a restituir los servicios de salud de la accionante MARIA NELLY NIETO DE AVENDAÑO como medida provisional, mientras se adelanta la correspondiente designación de una persona de apoyo judicial para el trámite de reconocimiento de la sustitución de pensión de jubilación de su esposo, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente providencia.

CUARTO. - COMUNICAR por el medio más expedito la presente providencia a la parte accionante y al director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, **BG (r) Jorge Alirio Barón Leguizamón** o a quien haga sus veces

QUINTO. - En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su Revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del Artículo 31 del Decreto – Ley 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


OLGA CECILIA HENAO MARIN
Juez

MSGGB

Firmado Por:

OLGA CECILIA HENAO MARIN
JUEZ

JUEZ - JUZGADO 034 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA 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: **6dbd5a372afb70313745b92fad9df88aa52a69c6114ddde7e6f8d90e69e8e996**

Documento generado en 18/09/2020 07:19:47 p.m.