



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá

Carrera 10 No. 14-33 piso 19 Teléfono 2847234

Email: cmpl44bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Edificio Hernando Morales Molina

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN : No.110014003044**20200023500**
ACCIONANTE : HENRY LOZANO FERREIRA
ACCIONADA : FAMISANAR E.P.S
VINCULADOS : AFP PROTECCIÓN y A SEGURIDAD ÓRBITA LTDA.

Surtido el trámite de instancia, procede el Juzgado a proferir la sentencia que en derecho corresponde, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

A) FUNDAMENTOS FÁCTICOS

HENRY LOZANO FERREIRA, presentó acción de tutela en contra de FAMISANAR E.P.S., a fin de que se protejan sus derechos al mínimo vital y móvil, en conexidad con la vida, la salud y vida digna. Refiere como hechos relevantes que: *i)* Tiene 62 años de edad, y se encuentra afiliado a FAMISANAR E.P.S, para salud y para pensión a AFP PROTECCIÓN; *ii)* indica que el 17 de marzo de 2018, sufrió accidente vascular encefálico (AVC de la ACM izquierda que evoluciona con disartria y hemiparesia derecha) el diagnóstico dado fue ACCIDENTE ACV de la ACM izquierda M2; *iii)* menciona que inicialmente las incapacidades le fueron canceladas por FAMISANAR E.P.S, después por PROTECCION hasta completar los 540 díasy desde ese momento no le han sido canceladas las incapacidades por ninguna de las entidades; *iv)* indica que el no pago de las incapacidades, le genera graves perjuicios a su vida, pues no cuenta con otro medio de subsistencia, lo que lo ha obligado a recurrir a préstamos para poder subsistir; *v)* Relata que no cuenta con otro medio para subsistir y tampoco cuenta con el apoyo de familiares y *vi)* El 08 de enero de 2020, radicó derecho de petición ante FAMISANAR E.P.S pero a la fecha no ha recibido respuesta. (fl 24 a 25)

B) PRETENSIONES DE LA ACCIÓN

La accionante en su escrito de tutela solicitó como pretensiones: “**1). TUTELAR** mis derechos fundamentales constitucionales de MINIMO VITAL Y MOVIL EN CONEXIDAD CON LA VIDA, LA SALUD Y LA VIDA DIGNA, los cuales vienen siendo vulnerados en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se dejaron descritas en esta acción; **2). TUTELAR** mi derecho fundamental constitucional a la petición, el cual viene siendo vulnerado en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se dejaron descritas en esta acción por FAMISANAR E.P.S; **3). ORDENAR** a FAMISANAR E.P.S. que procedan dentro del termino que su digno despacho disponga, conforme su obligación legal, a reconocer y pagar las incapacidades medicas que me fueron dadas desde el mes de septiembre de 2019 y las que se causen en adelante, dada mi

precaria situación de salud y económica; 4). Conminar a la accionada para que no se sigan cometiendo este tipo de conductas que van detrimento de sus afiliados". (fl. 35)

C) ADMISIÓN DE TUTELA

Mediante providencia del diecisiete (17) de marzo de 2020 se admitió la acción de tutela de la referencia, y se ordenó notificar a la accionada y vinculadas para que en el término de dos (2) días, siguientes a su notificación realizara las manifestaciones que considerara pertinentes.

D) CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA

Dentro del término de traslado la accionada FAMISANAR E.P.S. solicitó DENEGAR la acción de tutela por carencia actual del objeto.

E) CONTESTACIÓN DE LA VINCULADA

Dentro del término de traslado la vinculada AFP PROTECCION solicitó su DESVINCULACIÓN de la presente acción de tutela.

F) CONTESTACIÓN DE LA VINCULADA

Dentro del término de traslado la vinculada SEGURIDAD ÓRBITA LTDA, guardó silencio.

II. ACTUACIONES Y DOCUMENTOS QUE OBRAN

1. Orden de ayudas diagnósticas (fl. 1)
2. Orden médica (fl. 2)
3. Historia clínica (fl. 3 a 4)
4. Resultado de calificación de pérdida de capacidad laboral (fl. 5 a 9)
5. Derecho de petición (fl. 10)
6. Información de subsidio por incapacidad (fl. 11)
7. Incapacidades médicas (fl. 12 a 14)
8. Copia cedula de ciudadanía del accionante (fl. 15)
9. Escrito de tutela (fl. 24 a 36)
10. Admisorio de tutela (fl. 39)
11. Escrito de contestación de FAMISANAR E.P.S. y anexos.
12. Escrito de contestación de AFP PROTECCIÓN y anexos.

III. CONSIDERACIONES

1.- Este Despacho es competente para conocer de esta acción de tutela, con fundamento en lo dispuesto por el *artículo 37 del Decreto 2591 de 1.991, Decreto 1382 de 2.000*, y demás disposiciones aplicables, en consecuencia, debe decidirse en primera instancia.

2.- Ha de tenerse en cuenta que en términos del artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es el procedimiento pertinente para reclamar la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando ellos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad, o de particulares en los eventos taxativamente regulados por la norma.

3.- Se ha dicho igualmente que la acción de tutela ostenta un carácter extraordinario y residual por cuanto su procedencia está sujeta a los límites mismos que impone la existencia de las demás competencias judiciales; es decir, la acción de tutela se caracteriza porque no es simultánea con las acciones ordinarias, tampoco paralela ni menos adicional o complementaria, acumulativa ni alternativa; tampoco es una instancia ni un recurso de donde se infiere, el deber de las personas de acudir primeramente ante los escenarios jurídicos naturales que el legislador previó en cada caso.

4.- La acción de Tutela ha dicho la Corte, no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta reconoce.¹

5.- El derecho al mínimo vital, ha dicho la Corte Constitucional que se define de la siguiente manera: *“...El concepto de mínimo vital, de acuerdo con la jurisprudencia, debe ser evaluado desde un punto de vista desde de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana...”* ²

6.- Por su parte, el derecho a la salud, es susceptible de protección mediante la acción de tutela, así como lo ha señalado el Alto Tribunal Constitucional: *“...La jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, puede llegar a ser amparado mediante tutela, en virtud de su conexidad con el derecho a la vida (artículo 11 superior) y con la integridad de la persona (artículo 12 de la Carta), en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en sí mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible que se pueda suscitar con el derecho a la vida”.*³

7.- En cuanto al derecho a la vida digna la Corte Constitucional se ha manifestado de la siguiente manera *“ En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha sostenido que el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la*

¹ Corte Constitucional Sentencia T- 001 del 3 de abril de 1992 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

² Sentencia T -581A/11

³ Sentencia T-654/04.

Constitución. Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insoportable. Una de ellas, ha dicho la Corte, es el dolor cuando puede evitarse o suprimirse, cuya extensión injustificada no amenaza, sino que vulnera efectivamente la vida de la persona, entendida como el derecho a una existencia digna. También quebranta esta garantía constitucional el someter a un individuo a un estado fuera de lo normal con respecto a los demás, cuando puede ser como ellos y la consecución de ese estado se encuentra en manos de otros; con más veras cuando ello puede alcanzarlo el Estado, principal obligado a establecer condiciones de bienestar para sus asociados.⁴

8.- Con los fundamentos jurisprudenciales, traídos a colación, se impone para el Despacho determinar si FAMISANAR E.P.S., ha presuntamente vulnerado los derechos al mínimo vital y a la salud en conexidad con la vida, digna del accionante, al negar el pago de incapacidades generadas a partir del día 541, es decir desde el 27 de septiembre de 2019, y el de petición por no haber dado repuesta a la solicitud radicada el pasado 08 de enero de 2020, para lo cual en primer lugar se verifica que en informe rendido por FAMISANAR E.P.S., en atención a la acción de tutela, afirma que: *“Una vez conocida la presente acción, se procedió a establecer el estado de la petición con el área responsable de la Entidad, quienes con base en el registro de la entidad: (...) se adjunta respuesta emitida la cual se notificará el día de hoy por correo certificado, se copia correo al abogado (...)”*

9.- En segundo lugar, respecto al pago de incapacidades indica FAMISANAR E.P.S., que: *“(...) el usuario registra 632 días de incapacidad del 18/03/2018 al 06/03/2020 de los cuales:*

Cumplió 180 días el 30/09/2018, le fue emitido concepto de rehabilitación FAVORABLE el 28/06/2018 notificado a PROTECCION el 04/07/2018.

Con 540 días el 07/10/2019.

Cuenta con dictamen de Protección de PCL con un porcentaje de 57.33% de fecha de estructuración 27 de septiembre de 2019, de origen común.

Así las cosas, las incapacidades que pretende el cotizante le corresponde asumir al Fondo una vez entregue la resolución pensional donde deberá otorgar la mesada pensional desde la fecha de estructuración de la invalidez.

(...) por lo que se puede concluir que, un afiliado no podrá recibir simultáneamente el pago de incapacidades laborales y de mesadas pensionales con ocasión al pago de una misma cotización. (...)”

10.- Por su parte, AFP PROTECCIÓN, en su escrito de contestación manifestó que:

“(...) En razón de un análisis previo realizado a los anexos de tutela y aportados por el señor HENRY LOZANO FERREIRA, así como como a los documentos conservados por esta administradora de pensiones-Protección S.A., como de los hechos narrados en la acción constitucional, logró establecerse que lo reclamado corresponde a incapacidades posteriores al día 540, respecto a lo cual la legislación Laboral y de la Seguridad Social Colombiana ha manifestado que LA COMPETENCIA EN EL PAGO CORRESPONDE EXCLUSIVAMENTE A LAS EPS.

(...) En atención a lo anterior, el accionante fue remitido a la Comisión Médico Laboral con quien Protección S.A tiene celebrado contrato de prestación de servicios., a efectos de que le calificaran su merma de la capacidad laboral en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, y que a su vez fue modificado por el artículo 142 del Decreto

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-444/1999.

019 de 2012, entidad que lo calificó con un 57.33% de pérdida de capacidad laboral de origen común y con una fecha de estructuración del 27/09/2019.

Dictamen anterior que no fue apelado y por tanto quedó en firme por falta de recursos contra el mismo.

Lo anterior, en razón de lo cual, en la actualidad esta administradora se encuentra reconstruyendo la historia laboral del afiliado para lograr determinar posteriormente y conforme a radicación formal, si cumple o no con los demás requisitos de ley necesarios para hacerse beneficiario de la pensión de invalidez o prestación subsidiaria de devolución de saldos”.

11.- De cara a las defensas propuestas por la accionada y vinculada, cumple memorar que si bien en principio, la acción de tutela resulta improcedente para reclamar el pago de acreencias de orden laboral, como es el caso de las incapacidades, por cuanto dicha discusión debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa laboral, no obstante, de manera excepcional, se ha admitido su procedencia, según las especificidades de cada caso, cuando los medios ordinarios no resultan lo suficientemente idóneos y eficaces para alcanzar el fin propuesto, cual es la protección inmediata de los derechos fundamentales.

12.- Conforme a esta última subregla de procedibilidad, se tiene que el pago de las incapacidades laborales adquiere especial importancia y se justifica, por cuanto sustituye el salario del trabajador durante el tiempo en el que debido a su enfermedad, se encuentre imposibilitado para ejercer su profesión u oficio, caso en el cual, hay lugar a su protección por vía de tutela, cuando su no reconocimiento y pago, afecta el derecho al mínimo vital, al constituir aquel la única fuente de ingresos para garantizar su subsistencia y la de su familia, y no es posible que dicha protección se logre de manera oportuna, a través de los mecanismos ordinarios de defensa.

13.- Al respecto, la Corte en sentencia T-311 del 15 de julio de 1996 manifestó lo siguiente: *“...El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia...”*

14.- Así las cosas, previa valoración de lo manifestado en el escrito de tutela, las pruebas aportadas al plenario, el Despacho advierte que tutelar los derechos al mínimo vital, en conexidad con la salud y la vida digna del señor LOZANO FERREIRA, dado que se cumplen los presupuestos anteriormente mencionados pues, el accionante manifiesta no tener otro medio de subsistencia, tiene 62 años de edad y cuenta con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, lo que le imposibilita encontrar otra fuente de ingreso para su subsistencia.

15.- Respecto a lo indicado por la accionada FAMISANAR E.P.S., el Despacho precisa que no comparte su justificación, pues a pesar de que el accionante cuenta con una calificación de invalidez del 57.30%, también es cierto que no cuenta con pensión reconocida, que habilite su propia subsistencia y la de su grupo familiar, por manera que conforme a la ley y la jurisprudencia, claro es que la llamada a reconocer el pago de las incapacidades posteriores al día 540 es la E.P.S.

16.- Por su parte, respecto del derecho de petición es claro para el Despacho que la solicitud elevada por el accionante se encuentra satisfecha toda vez que FAMISANAR E.P.S acreditó haber dado respuesta a la petición radicada por el accionante, y que la misma fue enviada a la dirección informada para tal efecto, razón por la cual se declara la improcedencia de la acción de tutela, respecto de este derecho.

17.- Puestas de esta manera las cosas, bastan los argumentos fácticos y jurídicos expuestos, para abrir paso al amparo solicitado a los derechos al mínimo vital en conexidad con la salud y vida digna del accionante, y se ordenará a la accionada reconocer y pagar las incapacidades, otorgadas al señor HENRY LOZANO FERREIRA, generadas a partir del día 541 es decir desde el 27 de septiembre de 2019, como así se dirá en la parte resolutive de la presente decisión.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá D.C., administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECISIÓN

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de mínimo vital en conexidad con la salud y la vida digna del señor HENRY LOZANO FERREIRA por las razones de precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la accionada FAMISANAR E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación, si aún no lo ha hecho, proceda a reconocer y pagar las incapacidades generadas a partir del día 541, es decir desde el 27 de septiembre de 2019.

TERCERO: DECLARAR la improcedencia de la acción de amparo solicitado, respecto del derecho de petición por HECHO SUPERADO en razón a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: ORDENAR que por secretaría se notifique la presente decisión a las partes involucradas por el medio más expedito.

QUINTO: ORDENAR que, por secretaría, en firme la presente providencia, se remita la presente actuación con destino a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



LUZ STELLA AGRAY VARGAS

Jueza