



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0297 00

ACCIONANTE: MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ.

APODERADO ACCIONANTE: MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ.

ACCIONADO: FAMISANAR EPS y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Derechos Fundamentales: vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

Bogotá D.C., treinta (30) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

## **1. OBJETO DE LA DECISIÓN. -**

Procede el Despacho a proferir fallo acorde a derecho dentro de la acción de tutela instaurada por la señora **MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ**, a través de apoderado, contra la **EPS FAMISANAR** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, mínimo vital y a la dignidad humana.

## **2. HECHOS QUE MOTIVAN LA ACCIÓN. -**

La señora **MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ**, a través de apoderado MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ, interpone acción de tutela, manifestando que actualmente se encuentra vinculada a la EPS FAMISANAR y al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR.

Así mismo informa, que el 21 de agosto de 2019 fue calificada por la Junta Nacional de Invalidez, mediante dictamen No. 25912798-21145, en donde le fue otorgada una pérdida de capacidad laboral del 32.35% de origen laboral, con fecha de estructuración del 18 de septiembre de 2017, para los diagnósticos S833 desgarramiento del cartílago articular de la rodilla, presente – S822 fractura de la diáfisis de la tibia.

Que en razón de lo anterior y de nuevos hallazgos médicos, se encuentra incapacitada de manera continua desde el 25 de mayo de 2020 hasta el 31 de diciembre del año en curso.

Más adelante narra cronológicamente la emisión de nuevos diagnósticos, conceptos y calificaciones de pérdida de capacidad laboral, concluyendo que las incapacidades fueron radicadas ante la EPS FAMISANAR, pero que a la fecha no se ha obtenido respuesta favorable ni reconocimiento.

Indica puntualmente que la EPS FAMISANAR, no ha reconocido el pago de incapacidades del día 155 al 180, es decir 21 días, del 17 de noviembre al 07 de diciembre de 2020; y que pese a haber radicado las incapacidades a PORVENIR S.A., en comunicado del 20 de septiembre de 2021, le informaron que no procede el pago, dado que la accionante cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación.

Comenta que, hasta el momento, el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., no ha reconocido a la señora MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ el pago de las incapacidades del día 181 al 540, es decir 360 días, que van del 8 de diciembre de 2020 al 7 de diciembre de 2021.

Así mismo alega que hasta el momento la EPS FAMISANAR, no ha reconocido el pago de incapacidades del día 541 al 565, es decir, del 8 al 31 de diciembre del año en curso.

Finalmente expone, someramente, que la señora MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ es madre cabeza de familia, que este es



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0297 00

ACCIONANTE: MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ.

APODERADO ACCIONANTE: MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ.

ACCIONADO: FAMISANAR EPS y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Derechos Fundamentales: vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

el único medio con el que cuenta para sufragar sus gastos y los de su familia para tener una vida en condiciones dignas, máxime si se tiene en cuenta que sus múltiples dolencias le impiden reincorporarse a la vida laboral. Aporta como sustento legal las siguientes providencias relacionadas a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de acceso al pago de las incapacidades médicas: T-333/13, T-920/09, T-468/10, T-182/11, T-144/16, T-920/09, T-729/12, T-140/16 y T-789/05.

Como pretensiones solicita:

### PETICIÓN

- a) Que se ordene a la **EPS FAMISANAR**, el pago a mi poderdante de las incapacidades del día 155 al 180, es decir del 17 de noviembre al 7 de diciembre de 2020, tal y como se evidencia a continuación:

No. INCAPACIDAD	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	COD. DX	No. DÍAS	ESTADO
7878961*	17/11/20	11/12/20	M500 TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON MIELOPATÍA	21	CUENTA DE COBRO

**TOTAL INCAPACIDADES NO RECONOCIDAS 21 DÍAS**

- b) Que se ordene a la **EPS FAMISANAR**, el pago de incapacidades otorgadas a mi representada del día 541 al 565, es decir del 8 al 31 de diciembre del año en curso, tal y como se muestra a continuación:

No. INCAPACIDAD	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	COD. DX	No. DÍAS	ESTADO
EMITIDA POR LA DR. JACKELINE LISSETH BARCELO	3/12/21	17/12/21	M518 OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES	10	NO ESTÁ REGISTRADA EN HISTORIAL
EMITIDA POR LA DR. JACKELIN LISSET BARCELO DOMÍNGUEZ	17/12/21	31/12/21	M508 OTROS TRASTORNOS DEL DISCO CERVICAL	15	NO ESTÁ REGISTRADA EN HISTORIAL

**TOTAL INCAPACIDADES NO RECONOCIDAS 25 DÍAS**

*\*La incapacidad que va del 3 al 17 de diciembre de 2021, se encuentra fraccionada, puesto que el día 540 se cumple el 7 de diciembre de 2021.*

- c) Que se ordene al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, el reconocimiento a mi representada del pago de las incapacidades



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0297 00

ACCIONANTE: MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ.

APODERADO ACCIONANTE: MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ.

ACCIONADO: FAMISANAR EPS y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Derechos Fundamentales: vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

del día 181 al 540, es decir 360 días, que van del 8 de diciembre de 2020 al 7 de diciembre de 2021, como se relaciona a continuación:

No. INCAPACIDAD	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	COD. DX	No. DÍAS	ESTADO
7878961*	17/11/20	11/12/20	M500 TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON MIELOPATÍA	4	CUENTA DE COBRO
8026251	12/12/20	16/12/20	M500 TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON MIELOPATÍA	5	NEGADA
7898568	17/12/20	14/01/21	M501 TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON RADICULOPATÍA	29	NEGADA
7896028	15/01/21	13/02/21	M511 TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATÍA	30	NEGADA
7947485	14/02/21	14/03/21	M511 TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATÍA	29	NEGADA
8003305	15/03/21	16/03/21	E039 HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO	2	NEGADA
8003186	17/03/21	15/04/21	M518 OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES	30	NEGADA
EMITIDA POR LA DR. DIANA MARCELA PEÑA DE LA ROSA	21/04/21	25/04/21	M509 TRASTORNO DE DISCO CERVICAL, NO ESPECIFICADO	5	NO ESTÁ REGISTRADA EN HISTORIAL
8072285	26/04/21	5/05/21	M518 OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES	10	NEGADA
8092771	6/05/21	15/05/21	M518 OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES	10	NEGADA
EMITIDA POR EL DR. EMILIO GUILLERMO QUINTERO ZEQUEDA	15/05/21	17/05/21	M508 OTROS TRASTORNOS DEL DISCO CERVICAL	2	NO ESTÁ REGISTRADA EN HISTORIAL
EMITIDA POR EL DR. ANDREA ALEJANDRA CRUZ DELGADO	18/05/21	1/06/21	I10X HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA)	15	NO ESTÁ REGISTRADA EN HISTORIAL
8144930	2/06/21	16/06/21	M508 OTROS TRASTORNOS DEL DISCO CERVICAL	15	NEGADA
8173746	17/06/21	16/07/21	M541 RADICULOPATÍA	30	NEGADA



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0297 00

ACCIONANTE: MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ.

APODERADO ACCIONANTE: MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ.

ACCIONADO: FAMISANAR EPS y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Derechos Fundamentales: vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

			ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES		
8333336	5/09/21	18/09/21	M518 OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES	14	NEGADA
EMITIDA POR EL DR. ERIKA BONILLA	28/08/21	26/09/21	R521 DOLOR CRÓNICO INTRATABLE	8	NO ESTÁ REGISTRADA EN HISTORIAL
8409309	19/09/21	16/10/21	G992 MIELOPATÍA EN ENFERMEDADES CLASIFICADAS EN OTRA PARTE	20	NEGADA
8419560	17/10/21	30/10/21	G992 MIELOPATÍA EN ENFERMEDADES CLASIFICADAS EN OTRA PARTE	14	NEGADA
8448340	31/10/21	15/11/21	M542 CERVICALGIA	16	NEGADA
8474155	16/11/21	18/11/21	M751 SÍNDROME DE MANGUITO ROTATORIO	3	NEGADA
EMITIDA POR LA DR. DIANA GABRIELA QUIROGA GÓMEZ	19/11/21	2/12/21	M518 OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES	14	NO ESTÁ REGISTRADA EN HISTORIAL
EMITIDA POR LA DR. JACKELINE LISSETH BARCELO	3/12/21	17/12/21	M518 OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES	5	NO ESTÁ REGISTRADA EN HISTORIAL

**TOTAL INCAPACIDADES NO RECONOCIDAS 360**

*\* La incapacidad 7878961, que va del 17 de noviembre al 11 de diciembre de 2020, se encuentra fraccionada, puesto que el día 180 se cumple el 7 de diciembre de 2020.*

d) Que en el caso de que la señora **MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ** continúe incapacitada, la entidad a la que le corresponda le reconozca de forma oportuna el pago de las incapacidades posteriores al día 565.

Como pruebas aportó:

- Poder para actuar.
- Certificado de afiliación a PORVENIR.
- Historial de incapacidades.
- Dictamen emitido el 21 de agosto de 2019 por la Junta Nacional de Invalidez.
- Dictamen emitido el 30 de junio de 2020 por la EPS FAMISANAR.
- Concepto de rehabilitación emitido el 19 de octubre de 2020 por EPS FAMISANAR.
- Dictamen emitido el 19 de febrero de 2021 por Seguros Alfa, aseguradora de AFP PORVENIR.
- Oposición a dictamen emitido el 19 de febrero de 2021.
- Solicitud de calificación integral presentada a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.
- Comunicado emitido por PORVENIR S.A. el 20 de septiembre de 2021.
- Cédula de ciudadanía de la accionante.

Todo lo anterior contenido en 95 folios.



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0297 00

ACCIONANTE: MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ.

APODERADO ACCIONANTE: MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ.

ACCIONADO: FAMISANAR EPS y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Derechos Fundamentales: vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

### **3. ACTUACIÓN PROCESAL. -**

A fin de verificar si existe amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados por la parte accionante, este despacho encontró procedente ordenar el traslado de la demanda a las entidades accionadas, a fin de notificarles de la misma y para que dentro del término de dos (2) días rindieran las explicaciones pertinentes, anexando la prueba documental correspondiente, permitiéndole así ejercer su legítimo derecho de defensa y contradicción. Por lo anterior se recibieron las siguientes respuestas:

**3.1. EI FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, a través de su directora de asuntos Constitucionales, señora Diana Martínez Cubides, expuso a lo largo de su intervención todo el marco normativo que rigen los presuntos derechos fundamentales transgredidos y alegados por la accionante, para finalizar haciendo la siguiente manifestación respecto al caso en concreto:

*“Informamos a este honorable Despacho, que la EPS FAMISANAR emitió CONCEPTO DE REHABILITACIÓN INTEGRAL OBLIGATORIO DESFAVORABLE. (...)*

*Teniendo en cuenta lo anterior de existir Concepto de Rehabilitación Favorable con el que proceda reconocimiento y pago de incapacidades, esta sociedad administradora reconocerá las incapacidades a cargo de Porvenir S.A. hasta el máximo legalmente establecido día 540 de incapacidad continua, por lo que rogamos a su señoría tener en cuenta los tramos acordes a la normatividad vigente.*

*Ahora bien Señor Juez, en el caso de la señora MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ tenemos que EPS FAMISANAR emitió Concepto de Rehabilitación DESFAVORABLE de fecha 19 de octubre del 2020, por lo tanto, una vez el accionante radico la documentación necesaria para proceder con el trámite de Valoración de Pérdida de Capacidad Laboral, esta Administradora remitió el caso ante la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., con la cual tenemos contratada la póliza previsional que cubre a nuestros afiliados, y se encarga de determinar el origen y porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral.*

*Honorable Juez, bajo la regencia del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, las Administradoras de Fondos de Pensiones tenían la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por un término de HASTA 360 días siguientes a los primeros 180 de incapacidad. Para este propósito se debía acreditar: (i) Concepto favorable de rehabilitación; (ii) Autorización de la aseguradora con la cual se contrató el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, e (iii) Incapacidades emitidas por el médico tratante; Una vez dados estos presupuestos se procedía al otorgamiento del subsidio económico equivalente al valor de las incapacidades hasta por 360 días adicionales. Ahora bien Señor Juez, en el caso de la señora MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ tenemos que la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., con la cual tenemos contratada la póliza previsional que cubre a nuestros afiliados, determinó que el accionante tiene un porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral del 34.85% de origen: COMÚN y Fecha de Estructuración 14 de Enero de 2021. Actualmente, por inconformidad presentada por el accionante se esta surtiendo recurso ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez. Conforme con lo anterior, a la fecha la Pérdida de Capacidad Laboral del afiliado a la fecha fue calificada con un porcentaje inferior al 50%, por lo que no es procedente el reconocimiento por parte de esta Administradora del pago de*



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0297 00

ACCIONANTE: MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ.

APODERADO ACCIONANTE: MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ.

ACCIONADO: FAMISANAR EPS y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Derechos Fundamentales: vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

*incapacidades adicionales; lo que procede es el reintegro laboral de acuerdo a la capacidad y condiciones propias del accionante.”*

Más adelante concluye:

*“En el presente caso, EPS FAMISANAR remitió a esta Administradora concepto DESFAVORABLE rehabilitación por lo anterior no se configuran los requisitos señalados en el decreto 019 de 2012 para otorgar el pago de un subsidio por incapacidad y por lo tanto no se ha vulnerado ni se pretende vulnerar derecho fundamental alguno a la señora MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ, lo procedente es la calificación de la pérdida de capacidad laboral del accionante.*

*(...) En el caso que nos ocupa es palmario indicar que el accionante no allega una sola prueba tendiente a demostrar que se encuentra ad portas de sufrir un perjuicio de naturaleza irremediable, pues tal como se expresa en la jurisprudencia en cita, deben aportarse los elementos fácticos que indiquen el cumplimiento de cada uno de los requisitos señalados, por cuya razón la acción debe ser desestimada.”*

**3.2 FAMISANAR EPS**, a través de su director de Operaciones Comerciales, señor Fredy Alexander Caicedo, inicia la intervención informando sobre las acciones desplegadas por esa entidad frente al caso en concreto, siendo:

*“Una vez conocida la presente acción, se procedió a establecer el estado de la solicitud con el área responsable de la Entidad, quienes con base en los registros de la entidad informan:*

*“(...)Usuaría registra incapacidad continua desde el 25/05/2020 cumpliendo 180 días el 11/12/2020. A la fecha cuenta con 538 días de incapacidades continua, por lo tanto, aun no supera más de 540 días.*

*NOTA: Registra interrupción en las incapacidades desde el 13/04/2020 hasta el 24/05/2020, por esta razón inicia un nuevo ciclo de incapacidades el 25/05/2020.*

*Se emitió CRHB el 19/10/2020 y fue notificado al Fondo.*

*Se adjuntan soportes. (...)”*

Más adelante manifiesta:

*“Corolario, es preciso indicar al despacho que, la petición de PAGO DE INCAPACIDADES, de ninguna manera puede catalogarse como una violación a un derecho fundamental, por cuanto, como su naturaleza lo indica, lo que se reclama por esta vía es un resarcimiento de tipo económico, el cual no se compadece ni con el espíritu y desarrollo que ha tenido la acción de tutela en el ordenamiento colombiano.*

*En el mismo orden de ideas, dentro del ordenamiento colombiano existen otros medios jurídicos IDÓNEOS por medio de los cuales se reclaman prestaciones económicas. No es la acción de tutela el medio establecido por el legislador para ventilar este tipo de pretensiones.”*



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0297 00

ACCIONANTE: MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ.

APODERADO ACCIONANTE: MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ.

ACCIONADO: FAMISANAR EPS y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Derechos Fundamentales: vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

Concluye su intervención alegando:

*“En consonancia con las líneas anteriores, es sabido, que la tutela es un procedimiento preferente y sumario por medio del cual el accionante ante la INEXISTENCIA DE OTROS MEDIOS DE DEFENSA, incoa la misma con el fin de evitar la concreción de la amenaza sobre sus derechos. Ahora bien, se puede hablar de una situación en la cual el mecanismo de tutela asiste a la protección de los derechos aun cuando existen medios alternativos de defensa, tal situación es aquella en la cual se existe una amenaza de PERJUICIO IRREMEDIABLE, la cual necesita de un pronunciamiento judicial expedito. En este sentido se tiene que este mecanismo es de estirpe SUBSIDIARIA Y RESIDUAL.*

*Por otra parte, es también conocido que la Corte Constitucional ha sido contundente en aseverar que el pago de acreencias económicas escapa a la órbita de la competencia del juez de tutela, cuya función dista mucho de la de sustituir instancias ordinarias previstas por el legislador para reclamaciones que no se atienen a una violación a los derechos fundamentales como es lo es un reclamo patrimonial.*

*No obstante, y en el caso concreto, es claro que el supuesto incumplimiento de lo solicitado no se deriva de una actitud omisiva y/o negligente por parte de la EPS, sino por circunstancias que escapan de la órbita de control de la entidad, como la situación comentada, en la cual el accionante no ha allegado los documentos necesarios para proceder con lo pedido. Corolario, sería desproporcionado acarrearle algún tipo de responsabilidad subjetiva al ente que represento, quien ha sido diligente y siempre presto a acatar las resoluciones judiciales actuando legítimamente en cumplimiento de las normas que racionalizan el Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

*Ante dicha situación, nos encontramos frente a un incumplimiento a los deberes que le asisten como usuario y dentro de los trámites requeridos que todo usuario debe seguir. Recordemos que los actores del sistema deben cumplir la normatividad que rige el sistema de salud y los afiliados deben cumplir con los deberes consagrados en la Resolución 4343 de 2012 y la Ley 100 de 19931.*

*Es por ello, como quiera que se encuentra demostrado que FAMISANAR ha desplegado todas las actuaciones tendientes a cumplir con lo que la Ley y la Jurisprudencia le impone, siendo que a la fecha el cumplimiento de lo requerido no se ha llevado a cabo por circunstancias no imputables a FAMISANAR EPS y de acuerdo con el ordenamiento legal que nos rige, no existe sustento fáctico ni elementos suficientes, para endilgar omisiones por parte de FAMISANAR EPS, pues está en la libre voluntad del usuario acatar lo que la Ley le impone como usuario a fin recibir o no los servicios y que en el presente caso decidió “presuntamente” faltar a los deberes como usuario, no aportando lo requerido, interrumpiendo de esta manera el trámite iniciado por FAMISANAR EPS.”*

Indica que en el caso en concreto, el accionante no demostró la vulneración al mínimo vital, luego que no allegó la documentación ni ningún medio probatorio que así lo indique.

#### **4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO. -**



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0297 00

ACCIONANTE: MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ.

APODERADO ACCIONANTE: MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ.

ACCIONADO: FAMISANAR EPS y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Derechos Fundamentales: vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

#### **4.1. Procedencia de la Tutela. -**

Dispone el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el numeral 2º del artículo 42 de la misma norma, que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades que hayan vulnerado, afecten, o amenacen vulnerar cualquiera de los derechos fundamentales, e igualmente, contra las acciones u omisiones de los particulares encargados de la prestación del servicio público.

Y a su turno el artículo 86 de la Constitución Política, que establece la acción de tutela, prevé que toda persona podrá reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados y amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad.

Igualmente, que *“La ley establece los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”*.

#### **4.2. De la Competencia. -**

De conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, a los Jueces Municipales, les serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares.

En consecuencia, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, por haber sido instaurada contra una entidad de salud.

#### **4.3. Legitimación en la causa por activa y pasiva. -**

En la tutela de la referencia los requisitos en mención se cumplen cabalmente, puesto que la acción de tutela fue interpuesta por la señora **MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ**, a través de apoderado, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, mínimo vital y a la dignidad humana.

Por su parte, la acción de amparo se dirigió contra la **EPS FAMISANAR y el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, igualdad y a la dignidad humana, de la accionante.

#### **4.4. Problema Jurídico. -**



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0297 00

ACCIONANTE: MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ.

APODERADO ACCIONANTE: MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ.

ACCIONADO: FAMISANAR EPS y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Derechos Fundamentales: vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

Conforme a la petición de tutela, se trata de establecer si la oposición de pago de incapacidades médicas de la accionante, por parte de las accionadas, configura una trasgresión a los derechos fundamentales alegados.

#### **4.5. De los derechos fundamentales. -**

**4.5.1.** Es pertinente entonces analizar si efectivamente los derechos que el accionante invocó, se encuentran amenazados, como son los de la Salud y la Vida digna, dignidad humana e integridad personal, al efecto, la Corte Constitucional, dijo:

“...derecho a la salud (...) a pesar de ser, en principio, un derecho prestacional, por conexidad con el derecho a la vida, se cataloga como un derecho fundamental, de carácter prestacional y fundado sobre el respeto a la vida y a la dignidad humana. La salud es un concepto que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano y que, dentro del marco del Estado social, al convertirse en derecho, se constituye en un postulado fundamental del bienestar ciudadano al que se propende en el nuevo orden social justo, a fin de garantizar un mínimo de dignidad a las personas...

“Esta Corte ha insistido reiteradamente que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener tanto la normalidad orgánica como la funcional, tanto física como psíquica y psicosomática, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de la persona, lo cual implica una acción de conservación y de restablecimiento por parte del poder público como de la sociedad, la familia y del mismo individuo. En este sentido, ha señalado, además, esta Corporación que “la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo”.

“Finalmente la Sala debe reiterar que el derecho a la vida aumenta su radio de acción y obra como fuerza expansiva que lo conecta con otros derechos que sin perder su autonomía le son consustanciales. En este sentido, a juicio de la Corte, la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, tal como lo ha expuesto múltiples veces esta Corporación. En efecto, en la sentencia T-494 de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, dijo la Corte lo siguiente:

“En este orden de ideas, es claro que la acción de tutela procede como mecanismo judicial para proteger el derecho a la salud cuando este se halle en íntima conexión con otros derechos como la vida e incluso la seguridad social...”.

En cuando a la “dignidad humana es un derecho fundamental cuyos titulares son únicamente las personas naturales. Según la Corte el derecho a la dignidad tiene un triple objeto de protección: a) la autonomía individual, b) las condiciones materiales para el logro de una vida digna y c) la integridad física y moral que resulte necesaria para lograr la inclusión social de una persona excluida o

marginada. El derecho a la dignidad humana protege el derecho a vivir como se quiera, el derecho a tener una vida digna y el derecho a vivir sin humillaciones.

Por regla general de manera paralela y simultánea con otros derechos fundamentales con los cuales guarda una estrecha relación, como la vida, la



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0297 00

ACCIONANTE: MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ.

APODERADO ACCIONANTE: MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ.

ACCIONADO: FAMISANAR EPS y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Derechos Fundamentales: vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

igualdad, el trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, la salud, el mínimo vital, la identidad personal y la propia imagen, entre otros (T-881/02)".

#### 4.6. DEL CASO CONCRETO.

Desde este momento el despacho advierte que negará la presente acción de tutela por haberse violado el principio de subsidiariedad y por no haberse probado la existencia de un perjuicio irremediable.

Inicialmente se dejará en claro que se comprobó la existencia de un conflicto prestacional, pues este fue narrado en el escrito de la demanda de la presente acción, y el mismo no fue objeto de oposición por parte de los accionados; ahora bien, de las respuestas allegadas es claro que se entabló la controversia sobre dos ejes centrales, siendo:

- a) La inexistencia de un proceder contrario al ordenamiento jurídico por parte de las accionadas, lo cual se contrapone a lo afirmado por la parte accionante.
- b) La inexistencia de un perjuicio irremediable que viabilice la intervención excepcional del juez constitucional en el caso en concreto, que se contrapone con la manifestación de afectación a los derechos fundamentales alegado por la parte accionante.

De lo dicho, este despacho se manifestará en torno a ambos aspectos, debido a que en el primero se considera si existió o no un comportamiento antijurídico por parte de las accionadas, y del segundo se considera el requisito de excepcionalidad de intervención del juez constitucional en el caso concreto.

Antes de iniciar a desarrollar los dos puntos resaltados en precedencia, este despacho advierte la existencia de un mecanismo ordinario de defensa de los derechos exigidos por la parte actora, esto es, la posibilidad de acudir ante un juez laboral e iniciar un proceso ordinario laboral en donde se zanje el asunto de marras. No obstante, corresponde a este despacho, a la luz de la jurisprudencia citada por el accionante, determinar si efectivamente este asunto es susceptible de ser resuelto en esta instancia de manera excepcional.

No siendo más la introducción, se procede a resolver de fondo ambos temas de oposición. Respecto al primer asunto, esto es, decidir si las accionadas procedieron contrario al ordenamiento jurídico, este despacho deja en claro que no logró visualizar, a priori, un comportamiento alejado de la legalidad debido a que si bien FAMISANAR EPS reconoce no haber asumido el pago de las incapacidades de la accionante, esta alega como argumentos de defensa no haberse cumplido los requisitos para tal fin, por lo que al respecto manifestó:

*“No obstante, y en el caso concreto, es claro que el supuesto incumplimiento de lo solicitado no se deriva de una actitud omisiva y/o negligente por parte de la EPS, sino por circunstancias que escapan de la órbita de control de la entidad, como la situación comentada, en la cual el accionante no ha allegado los documentos necesarios para proceder con lo pedido. Corolario, sería desproporcionado acarrearle algún tipo de responsabilidad subjetiva al ente que represento, quien ha sido diligente y siempre presto a acatar las*



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0297 00

ACCIONANTE: MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ.

APODERADO ACCIONANTE: MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ.

ACCIONADO: FAMISANAR EPS y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Derechos Fundamentales: vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

*resoluciones judiciales actuando legítimamente en cumplimiento de las normas que racionalizan el Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

*Ante dicha situación, nos encontramos frente a un incumplimiento a los deberes que le asisten como usuario y dentro de los trámites requeridos que todo usuario debe seguir. Recordemos que los actores del sistema deben cumplir la normatividad que rige el sistema de salud y los afiliados deben cumplir con los deberes consagrados en la Resolución 4343 de 2012 y la Ley 100 de 19931.”*

Por su parte, el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, alega igualmente la falta del lleno de los requisitos legales por parte de la accionante para poder proceder como lo solicita, esto en el entendido de que en la actualidad no se cuenta con el concepto FAVORABLE por parte de la EPS.

Por lo dicho, es que este despacho no logra ver un comportamiento antijurídico por parte de las accionadas. Valga la pena advertir que no es a este juez constitucional al que le compete decidir de fondo el asunto laboral que se discute en esta sede, por lo que el asunto de si a pesar de esos proceder es deben o no pagarle lo reclamado por la señora MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ, le corresponde es al juez especializado para tal fin.

De lo dicho se demuestra el incumplimiento del principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela, no obstante, este principio admite una excepción, es decir, que en ocasiones cuando se evidencia la existencia de un mecanismo ordinario de defensa, se permite la intervención del juez constitucional, esto siendo viable cuando se demuestra la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la protección inmediata de los derechos fundamentales del interesado.

Lo anterior da pie a analizar el segundo de los puntos controversiales expuestos al principio del caso en concreto, esto es, decidir si existe o no un perjuicio irremediable.

De entrada, a este despacho le llama la atención de manera exacerbada el hecho de que la parte accionante allegara una demanda de acción de tutela de 95 folios, y que de esa extensión tan desmesurada únicamente dedicara 4 líneas para indicar las características específicas de la interesada, dirigidas a demostrar las condiciones especiales que demuestren la existencia de un perjuicio irremediable. Por lo dicho se pasa a citar lo referente: “*es madre cabeza de familia, que este es el único medio con el que cuenta para sufragar sus gastos y los de su familia para tener una vida en condiciones dignas, máxime si se tiene en cuenta que sus múltiples dolencias le impiden reincorporarse a la vida laboral*”. Advierte este despacho que ningún elemento material probatorio se aportó que permitiera comprobar dichas afirmaciones, es decir, no se allegó ni una sola prueba como lo es un registro civil que permitiera demostrar y dar luces a este despacho, de cuántas personas la accionante se hace a cargo, ni una narración detallada de las condiciones que le permitan al despacho comprobar las situaciones de salubridad acompañada de algún registro fotográfico o filmico, ni un soporte de ser beneficiaria de algún subsidio ofrecido a las personas registradas ante situaciones de vulnerabilidad manifiesta, nada.

Aunado a lo anterior, se debe poner de presente lo dicho por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-037 de 2013, en lo referente al requisito de inmediatez, en donde se señaló que la solicitud de amparo es procedente, cuando trascurrido un extenso lapso entre la situación que dio origen a la afectación



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0297 00

ACCIONANTE: MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ.

APODERADO ACCIONANTE: MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ.

ACCIONADO: FAMISANAR EPS y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Derechos Fundamentales: vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

alegada y la presentación de la acción, sean analizadas las condiciones específicas del caso concreto, es decir, la valoración del requisito de inmediatez se vuelve menos estricto bajo las siguientes circunstancias: *“(i) La existencia de razones que justifiquen la inactividad del actor en la interposición de la acción. (ii) La permanencia en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante, esto es, que como consecuencia de la afectación de sus derechos, su situación desfavorable continúa y es actual. (iii) La carga de la interposición de la acción de tutela resulta desproporcionada, dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”.*

Por otra parte, la Corte Constitucional en Sentencia T-282/15 M.P. MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, se refiere a la improcedencia para solicitar prestaciones de carácter económico vía tutela y así como a los requisitos para confirmar la afectación del Mínimo vital en los siguientes términos:

(...)” La Corte ha reconocido que las siguientes condiciones permiten presumir la afectación al mínimo vital del actor que solicita el pago de acreencias laborales:

*“Que el retardo en el desembolso sea prolongado o indefinido. Es decir, que se trate de un incumplimiento superior a dos meses, salvo que el salario corresponda al mínimo mensual legal vigente”*

*Que las sumas que se reclamen no sean una deuda demasiado antigua, pues el simple paso del tiempo descarta la afectación al mínimo vital, en la medida que el interesado satisfizo con otros ingresos sus necesidades básicas o las de su familia.*

*Que la presunción de afectación al mínimo vital debe ser desvirtuada por el demandado o por el administrador de justicia. Ello sucede en los eventos en que se encuentre acreditado en el expediente que el accionante cuenta con otros ingresos o recursos que permitan su subsistencia.”*

En el caso en concreto, el accionante no demostró la vulneración al mínimo vital, luego que no allegó la documentación ni ningún medio probatorio que así lo indique. Aunado a que han pasado 411 días en los cuales ha llevado su vida sin recibir este pago, lo cual ineludiblemente lleva a concluir la existencia de alguna otra fuente de ingreso que se omitió mencionar por parte de la accionante.

En razón de lo dicho en precedencia, este despacho debe llamarle la atención a la accionante en el entendido de que esta herramienta legal, como lo es la acción de tutela, no existe para ser la principal herramienta de solución de descontentos de los ciudadanos colombianos, sino que la misma es de uso restrictivo, fraccionario, de ultima ratio y que obedece al principio de subsidiariedad, por lo cual, si la misma manifiesta descontentos debe acudir ante los medios ordinarios de defensa. Recalcando que este medio judicial no es el llamado para atender este tipo de solicitudes.



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0297 00

ACCIONANTE: MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ.

APODERADO ACCIONANTE: MARCO ANTONIO URIBE SÁNCHEZ.

ACCIONADO: FAMISANAR EPS y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Derechos Fundamentales: vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

## 5. DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Juzgado 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

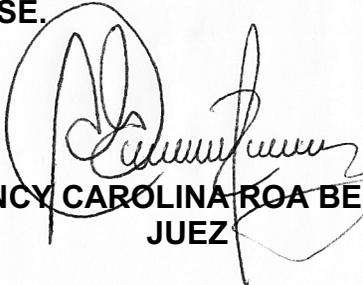
### R E S U E L V E:

**PRIMERO:** **NEGAR** el amparo constitucional invocado por la señora **MARTHA MARÍA MERCADO LÓPEZ**, a través de apoderado, contra la **EPS FAMISANAR** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, mínimo vital y a la dignidad humana, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO:** De conformidad con los artículos 30, 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, notifíquese en legal forma la presente decisión y una vez cumplido este trámite, si dentro del término de los tres días siguientes, fuere impugnada, remítase al Superior funcional. En su defecto, se remitirá de manera inmediata a la **Corte Constitucional**, para su eventual revisión.

**TERCERO:** Contra el presente fallo procede el recurso de impugnación, como lo estipula el artículo 31 ídem.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**FRANCY CAROLINA ROA BENÍTEZ**  
**JUEZ**