

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL de EL PEÑÓN C/MARCA.

El Peñón Cundinamarca, a 22 de octubre de 2021.

Radicada bajo el consecutivo No. 252584089001 - 2021 - 00043.
Accionantes: abogada NATALIA VIVINA LEON AVILA C.C. No. 52.829.969 en representación de EVARISTO RINCON ORTIZ C.C. No. 79.828.299 quien funge como agente oficioso de PABLO JULIO RINCÓN ORTIZ C.C. No.3006465.
Accionados: ALCALDIA MUNICIPAL EL PEÑÓN CUNDINAMARCA.

Procede este despacho a resolver esta acción constitucional enmarcada en el artículo 86 Constitucional, en la que previo el trámite normado se proteja los derechos fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL y al MÍNIMO VITAL del señor PABLO JULIO RINCON ORTÍZ quien es representado por su agente oficioso EVARISTO RINCON ORTÍZ.

Los sucesos en que se sustenta la acción son los siguientes:

HECHOS:

- i) Indican que el señor PABLO JULIO RINCON ORTÍZ es hijo del señor JOAQUIN PABLO RINCON FAJARDO en el matrimonio con BLANCA TERESA ORTÍZ
- ii) Indica la apoderada que el señor PABLO JULIO RINCÓN ORTÍZ tiene 56 años y padece dos patologías denominadas esquizofrenia indiferenciada y retraso mental.
- iii) También se indica que el agenciado dependía económicamente del señor JOAQUIN PAGLO RINCON FJARDO quien murió el 9 de marzo de 2021.
- iv) Indican que el señor PABLO JULIO RINCON ORTÍZ no puede valerse por sí misma y no cuenta con los ingresos para subsistir.
- v) Incluso indican que el agente oficioso no cuenta con recursos para apoyar económicamente al señor PABLO JULIO RINCON ORTÍZ.
- vi) Además la señora EDELMIRA RINCON ORTÍZ hermana del señor PABLO JULIO RINCON ORTÍZ solicitó a la ALCALDÍA DEL PEÑÓN el reconocimiento de la sustitución pensional en nombre del acá agenciado.

- vii) Indican que la Alcaldía del Peñón ha solicitado a consideración de la parte accionante:
- Declaraciones Juramentadas.
 - Dictamen médico de Invalidez del médico o la junta de capacidad de invalidez (en el que conste el grado de pérdida de la capacidad laboral.
 - **Solicitan copia autentica de la curaduría** o el auto admisorio de la demanda.
- viii) Manifiesta que dicha solicitud violenta los derechos del agenciado, al no estudiarse la posibilidad de conceder la pensión, cuando incluso el acá accionante quedaba en condición de vulnerabilidad al no contar con pensión.

TRÁMITE PROCESAL.

- i) El 11 de octubre de 2021 se admite la presente acción de tutela.
- ii) El 12 de octubre de 2021 se notificó a la ALCALDÍA MUNICIPAL DEL PEÑÓN.
- iii) El 12 de octubre de 2021 se notificó a la EPS FAMISANAR EPS
- iv) El 12 de octubre de 2021 se notificó al HOSPITAL LA VICTORIA III NIVEL DE ATENCIÓN.
- v) El 12 de octubre de 2021 se notificó a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.
- vi) El 12 de octubre de 2021 se notificó a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN.

- i) **La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ:** Indica que esta entidad conforme al artículo 13 del Decreto 1352 de 2013, esta entidad es la encargada de determinar en segunda instancia la pérdida de la capacidad laboral.

Además conforme al artículo 41 de la ley 100 de 1992, modificado por la ley 962 de 2005 establece que corresponde a la ARP o a la EPS determinar en primera oportunidad la pérdida de la capacidad laboral.

Y que la JUNTA DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ no tiene ninguna injerencia en el presente asunto.

- ii) **SECRETARIA DE SALUD DE BOGOTÁ** indica la entidad que el acá agenciado se encuentra afiliado al régimen subsidiado en la EPS FAMISANAR, indica además que el accionante tiene unas patologías con manejo de antipsicótico sin ninguna posibilidad de mejoría.

Que esta entidad no es la encargada de pronunciarse de fondo sobre el asunto en particula, solicitando la falta de vinculación por la causa por pasiva.

- iii) **FAMISANAR EPS** contesta la acción de tutela indicando que el accionante se encuentra en estado activo, indican que no tiene responsabilidad frente al objeto de esta acción de tutela, solicita la DESVINCULACIÓN DE LA EPS.

- iv) **LA ALCALDÍA MUNICIPAL DEL PEÑON** indica que más allá de las patologías que presenta el agente, actualmente no se cuenta con un documento que certifique el estado real del paciente. Además indica que el proceso de adjudicación judicial comenzó a regir desde el 26 de agosto de 2021.

Indica que conforme a la ley y a la jurisprudencia le corresponde a las entidades solicitar los soportes necesarios para satisfacer la ley es menester que exista un reconocimiento especial.

CAUSALES GENERICAS DE PROCEDIBILIDAD DE ACCIÓN DE TUTELA:

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA: Frete a la legitimación en la causa por activa, existe una duda razonable por parte de este despacho judicial, lo primero que se debe decir es que conforme a la ley 1996 de 2019, todas las personas con discapacidad, tienen una presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos, que en el momento de radicar la acción de tutela no existe ni acuerdo de apoyos, ni proceso jurisdicción voluntaria de designación de apoyos.

Pese a esto se evidencia una figura jurídica que está mal realizada por el extremo activo, se presenta acción de tutela por una apoderada judicial, en representación del agente oficioso, que a la vez representa los derechos del señor PABLO JULIO RINCÓN SILVA, además que el poder no cumple con los requisitos del artículo 806 de 2020.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Es LA ALCALDÍA DEL PEÑÓN la entidad que debe entrar a evaluar la sustitución pensional conforme a la ley.

Por lo tanto, los demás vinculados al tener una relación directa con el presente caso es importante que dichas entidades hagan parte de este trámite judicial.

SUBSIDIARIEDAD: El órgano de cierre en esta materia ha recocado la procedencia de la acción de tutela, para la protección de derechos fundamentales como el de petición o el del mínimo vital, frente al derecho a la salud al ser un derecho humano y fundamental se puede impetrar de manera directa la acción.

INMEDIATEZ: Se cumple con el requisito de inmediatez toda vez que la afectación de la que hacen mención los representantes, se encuentran activas.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

El artículo 86 Superior les otorga a todos los jueces la protección de los derechos fundamentales mediante un trámite preferencial y subsidiaria, indicando que toda persona puede solicitar la protección de sus derechos fundamentales cuando considere que le están siendo violentados los bienes jurídicos que son considerados jurídicamente como fundamentales conforme a la normatividad legal vigente en especial al artículo 86 Superior.

Lo primero que se evaluara en esta acción de tutela es lo referente a la legitimación en la causa por activa, entendiendo que existen unas falencias procesales estructurales en la radicación de esta acción de tutela, téngase en cuenta que la acción de tutela tiene una naturaleza informal, por lo tanto no se requiere de apoderado judicial para la presentación de la acción de amparo, cuando se decide tener la presentación de una acción de tutela por medio de apoderado judicial, el apoderado está en la obligación de cumplir con las obligaciones del artículo 74 del CGP el artículo 5 del Decreto 806 de 2020.

Por esta razón es que existen dos falencias procesales y estructurales dentro del poder presentado, el primero que en el poder allegado al plenario lo está otorgando el señor EVARISTO RICON que si bien es el hermano de PABLO JULIO RINCON ORTÍZ, el poder lo debe conceder

quien tiene el derecho para proteger su derecho, de ahí que sea vital que conforme a la ley 1996 de 2019 se realice un acuerdo de apoyo ya sea mediante notaria o conciliación, lo que permitiría que la persona encargada de brindar el apoyo podría en cabeza del señor PABLO RINCON ORTÍZ apoyarlo en todas las decisiones judiciales y extrajudiciales, entre estas conceder el poder conforme a la ley, esto porque existe una presunción de capacidad y en caso de algún problema para establecer los acuerdos privados por parte del acá agenciado y otra tercera persona, se debe iniciar el proceso de jurisdicción voluntaria ante los JUZGADOS DE FAMILIA como última opción y para garantizar los derechos del acá agenciado.

Teniendo en cuenta esto y entendiendo que existe una figura jurídica mal aplicada que es la del agente oficioso, pues si bien se entiende que el acá agente puede radicar una acción de tutela por las condiciones físicas y mentales de su hermano, jurídicamente el otorgar un poder para representar los derechos de un tercero, es una actuación que jurídicamente puede estar viciada, pese a esto por las condiciones físicas del accionante y entendiendo que en acciones de tutela, prevalecen los derechos sustanciales sobre los formales y para evitar un exceso ritual manifiesto, se analiza de fondo esta acción constitucional con el único fin de proteger los derechos del agenciado, en especial por las facultades ultra y extrapetita que tiene el Juez Constitucional.

Frente a la capacidad jurídica de personas en condición de discapacidad la H Corte Constitucional en Sentencia T-072 de 2019 MP Dr LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ ha indicado:

“La capacidad jurídica ha sido entendida en dos vías, como la facultad de ser titular de derechos y como la posibilidad de realizar actos con efectos jurídicos. En esta medida, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha expresado que la misma resulta esencial para que las personas que poseen alguna barrera tengan una participación cierta y real en la sociedad”

Téngase en cuenta además que por esta razón para este JUEZ CONSTITUCIONAL conforme incluso a la jurisprudencia constitucional y a la ley 1996 de 2019, el agenciado tiene la facultad para reclamar sus derechos, pero ante la historia clínica presentada visible a folio 18 hasta el 25 el accionante tiene una condición que para este JUEZ es suficiente

para probar que podemos estar ante un perjuicio irremediable y además que es una condición que puede poner en peligro al accionante.

Por otra parte, téngase en cuenta que de plano este JUEZ no concederá la acción de tutela como lo pretende la apoderada judicial; en primer lugar porque este encomendado Constitucional no puede invadir las orbitas ni los trámites mínimos, y en segundo lugar, porque pretende la profesional en derecho que por medio de una acción de tutela se suplan los trámites que son elementales para solicitar un derecho. Si bien este directriz entiende que jurídicamente el acá agenciado tiene una situación compleja y que es un sujeto con doble protección especial constitucional, esto per se, no es suficiente para no cumplir con un trámite mínimo ante la ALCALDÍA DEL PEÑON, porque en la actualidad, como tal no se ha negado el derecho, al contrario, se están solicitando unos documentos necesarios para la evaluación del trámite.

Pese a esto, también se considera que el requisito de exigir un curador o guardador, solicitado mediante un proceso judicial o la admisión del mismo, es un requisito que excede la ley, puesto que la ley 1996 de 2019 es clara que lo primero que se debe hacer, es el acuerdo particular de apoyo ante notaria o centro de conciliación y en caso de ser imposible este acuerdo, que se inicie un proceso judicial, puestas así las cosas, la ALCALDÍA DEL PEÑON no puede exigir un proceso para establecer curador o guardador, cuando la figura ya no es pertinente, en ascendencia de los derechos y garantías a las personas con discapacidad, pues es menester, que se tenga en cuenta la figura del apoyo, por tanto, este Estrado Sumarial será enfático como emisor, dado que las entidades no pueden exigir trámites que limiten los derechos, y más aun o en especial la **carga soslayada** sobre sujetos de especial protección constitucional.

Adicional a esto, frente a otro requisito controversial, si bien es cierto para determinar el porcentaje de discapacidad se puede allegar conceptos de la EPS, una vez se realice el trámite pertinente para determinar la pérdida de la capacidad laboral, en especial por dos factores dentro de los documentos allegados que se indica frente al Retraso Mental, que el grado no es específico, y en segundo lugar que la Esquizofrenia está siendo controlada, denotando después del concepto negativo de rehabilitación en donde se determine el estado real del agenciado, dado que este podrá radicar los documentos ante la entidad legal pertinente, sin que esto represente un requisito caprichoso, porque para determinar el estado de la discapacidad más allá de la historia clínica es menester una evaluación

real, con el objeto de que el acá por tutelar pueda realizar el trámite legalmente pertinente, por ello, se conmina a la parte accionante en especial a la apoderada y al "agente olicioso" de que realicen los trámites pertinentes para que el acá accionante, pueda realizar su trámite pertinente frente a la sustitución pensional, sin que esto implique que la entidad se vea limitada para hacer una evaluación rigurosa de los documentos.

Ahora bien, frente a la vulneración al derecho a la salud, de la que la apoderada hace mención para sustentar un perjuicio irremediable, es importante indicar que el derecho a la salud conforme al marco normativo es un derecho constitucional y humano.

El derecho a la salud, ha sido reglamentado Constitucionalmente y además ha sido ampliamente tratado por parte de la H Corte Constitucional otorgándole el rango de Derecho Fundamental, por lo tanto se hace necesario el reconocimiento de este derecho por vía de acción de amparo, conforme a eso es necesario la protección del derecho a la salud, la Corte Constitucional en sentencia T-361 de 2014 MP JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB a determinado que el derecho a la salud puede ser invocado por medio de la acción de tutela *"es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y, que puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando este resultare amenazado o vulnerado, para lo cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos vulnerados."* Lo que quiere decir que al ser la SALUD un derecho fundamental que además garantiza la satisfacción de otra serie de derechos, es importante la protección efectiva de este bien jurídico.

Así mismo, la misma corporación ha establecido frente a la regulación del Derecho a la Salud en Sentencia T-745 de 2013 MP JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB que *"El derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, su contenido mínimo así como aquellos definidos por vías normativas como la ley y la jurisprudencia son de inmediato cumplimiento. Los demás contenidos deben irse ampliando y desarrollando paulatinamente conforme al principio de progresividad y no regresión."* Conforme a la jurisprudencia mencionada es importante resaltar la relevancia del derecho a la salud, tanto como derecho autónomo, y de la misma forma como bien jurídico que con su satisfacción garantiza entre otros el derecho a la vida digna y a la dignidad humana, el derecho a la vida entre otros múltiples.

En el presente trámite no está en peligro el derecho a la salud, porque tanto FAMISANAR EPS como la SECRETARIA DE SALUD DE BOGOTÁ fueron enfáticas en que el accionante se encuentra afiliado en el régimen subsidiado, lo que garantiza su derecho a la salud.

Al respecto a pesar de que el escrito de tutela tiene una falta de técnica evidente frente a la relación real del perjuicio irremediable, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en especial la Sentencia T-451 de 2010 este Juez Constitucional evaluara la procedencia de esta acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable:

- (i) Frente a una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño: Es importante indicar que evidentemente se demostró conforme a la HISTORIA CLÍNICA que el accionante tiene dos patologías complejas en primer lugar psicosis de origen no orgánico y en segundo lugar un retraso mental no específico, que deteriora su comportamiento, acto por lo que este Juez requerirá al accionante con el fin de esa doble protección a que por supremacía tiene derecho el accionante como sujeto de especial protección constitucional.
- (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación: Es importante indicar que el accionante por su condición mental en especial puede estar en peligro inminente en especial frente a sus recursos para subsistir y que es este Juez el encargado de si así lo considera tomar las medidas pertinentes para proteger los derechos del acá agenciado.
- (iii) La gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho- La gravedad del perjuicio está claramente probado, las dos patologías del agenciado, son patologías crónicas que afectan sus condiciones, el impacto de la afectación es claro, porque si bien el derecho al mínimo vital el perjuicio lo debe probar el accionante, es importante indicar que existen elementos claros que demuestran que por las condiciones mentales y físicas del accionante, se le limita la posibilidad de contar con recursos para subsistir.
- (iv) El carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo.- Es importante indicar que jurídicamente el JUEZ CONSTITUCIONAL cuando

advierta un perjuicio irremediable debe tomar las medidas pertinentes para evitar que existan, falencias procesales evidentes que puedan afectar gravemente al agenciado.

Colofón de lo anterior, este Juez Constitucional concederá la acción de tutela como mecanismo transitorio y excepcional para evitar un perjuicio irremediable y conforme a la Sentencia T-127 de 2014, indicando de ante mano que esta es una orden de carácter temporal por el término de 4 meses y solo si para evitar una grave afectación de los bienes jurídicos del actor, en caso de que el agenciado o su agente no adelanten los trámites judiciales o extrajudiciales para cumplir con la normatividad legal vigente, esta orden dejara de ser eficaz por lo que la medida de este JUZGADO tendrá una duración temporal solamente de 4 meses a partir de la ejecutoria de la presente decisión .

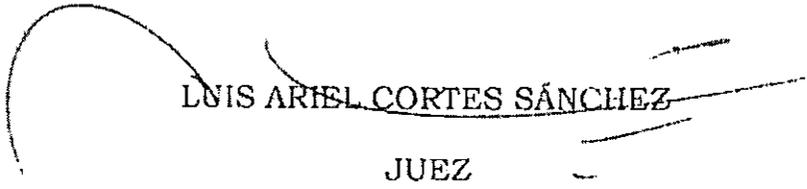
Por todo lo expuesto, el DESPACHO PROMISCOU MUNICIPAL DEL PEÑON CUNDINAMARCA actuando en nombre de la ley:

RESUELVE:

- 1) **Conceder** transitoria y para evitar un perjuicio irremediable esta acción de tutela, indicando que los efectos de esta providencia surten con temporalidad, solamente de cuatro (4) meses a partir de notificado el presente trámite.
- 2) **REQUERIR** a la **ALCALDÍA DEL PEÑÓN** para que en lo sucesivo no continúe solicitando sentencias judiciales de curadores o guardadores, desconociendo los derechos de las personas en condición de discapacidad, que la misma ley ha limitado, y que una vez le radiquen la totalidad de los documentos le dé un trámite preferencial a este asunto.
- 3) **REQUERIR A LA EPS FAMINASANAR** para que un término no mayor a 15 días realice evaluación de pérdida de la capacidad laboral al accionante, con el objeto de que pueda continuar con su trámite pensional.
- 4) **CONMINAR** al **AGENTE OFICIOSO**, y al **AGENCIADO** a que cumpla con la Ley 1996 de 2019, y de esta manera si así lo requieren se haga las gestiones para el apoyo del señor **CARLOS JULIO RINCON ORTÍZ**.
- 5) Se le indica a **FAMISANAR** y a la **ALCALDÍA DEL PEÑÓN** que una vez realicen las gestiones pertinentes le informen sobre los procesos a este despacho judicial.

o) EN CASO DE NO SER IMPUGNADO remitase a la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU REVISIÓN.

Notifíquese, Comuníquese y Cúmplase.


LUIS ARIEL CORTES SÁNCHEZ

JUEZ

La anterior anotación en gala de los principios de publicidad e información se extiende en acatamiento del articulado 9° del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 y subsiguientes y artículo 56 del CPACA. En esmero de la virtualidad, organización y control interno del Despacho, se incorporará en el siguiente Estado Electrónico.

Hoy 25 de octubre **de 2021**, se
ENTERA y PUBLICITA a las partes del
actual proveído, de manera articulada
bidireccional y flexible por anotación
en el Estado No. **097/2021**

HECTOR HORACIO LEON LOZADA
SECRETARIO