



13001-33-33-013-2019-00023-01

Cartagena de Indias D. T. y C., Cinco (05) de Abril de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL	IMPUGNACION DE TUTELA
RADICADO	13001-33-33-013-2019-00023-01
DEMANDANTE	C.I. ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.A.
DEMANDADO	COLPENSIONES
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	DERECHO DE PETICIÓN – DERECHO MINIMO VITAL – A LA PENSIÓN Y A LA SEGURIDAD SOCIAL

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala fija de decisión No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la Impugnación presentada por la accionante **C.I. ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.A.** en contra la sentencia de tutela de fecha catorce (14) de febrero de 2019¹, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

II.- ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA²

2.1.1. Pretensiones.

El accionante, a través de apoderado judicial, solita:

1. Se conteste de fondo la petición del día 20 de enero de 2018.
2. El pago de todas las incapacidades dejadas de pagar al sr **FERNANDO CARMONA VERGARA, y a mi representado C. I ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES desde** el día nov de 2015, reconocidas por la nueva EPS hasta el día que se defina la pensión definitiva.
- 3 Se ordene a COLPENSIONES QUE PENSIONE DE MANERA DEFINITIVA a mi representado señor **FERNANDO CARMONA VERGARA.**

2.1.2. Hechos

Fueron señalados en la sentencia de primera instancia de manera sucinta así:

1. "Manifiesta la parte accionante que tiene calidad de empleador del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA.

¹ Folios. 64-69 cdr.1

² Folios 4-42 cdr.1



13001-33-33-013-2019-00023-01

2. Que de acuerdo al estado de incapacidad laboral del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA le ha tocado sufragar, pagar salarios y seguridad social, sin que este pueda desempeñar sus funciones.
3. Que en calidad de empleador del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA solicitó en fecha de 20 de diciembre de 2018, a la entidad accionada el pago de las incapacidades del trabajador y el reconocimiento de la pensión definitiva.
4. A la fecha la entidad no ha resuelto de fondo la petición presentada por la accionante."

2.3. CONTESTACIÓN³

La entidad accionada, a través de apoderada judicial, presenta escrito de contestación de la presente acción, en los términos legales establecidos para ello, en los siguientes términos:

"En atención al auto del 06 de febrero de 2019, el cual avoca conocimiento de la acción de tutela instaurada por el señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA CC. 17164189, es pertinente indicar:

1. Mediante petición radicada bajo el No. 2018_16162044 de fecha 20/12/2018 el accionante solicita ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad correspondiente a los siguientes periodos:

FECHA INICIO	FECHA FIN
10/01/2015	05/12/2015

2. Frente a la anterior solicitud, la Gerencia Nacional de Reconocimiento – Medicina Laboral expidió comunicación con **BZ No. 2018_16191213 del 10 de enero de 2018**, mediante la cual se le informó al ciudadano que no había lugar al reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad, teniendo en cuenta que el Certificado de Rehabilitación (CRE) expedido por la EPS, era DESFAVORABLE. Así mismo, con comunicación del 13 de febrero de 2019 BZG 2019_1847840 BZG 2019_1663618 enviado con numero de guía GA87022737256 a la dirección aportada en la petición y la cual fue devuelta por no residir y en donde se da respuesta al admisorio de la presente tutela que respecto al pago de incapacidades:

³ Folios 56-63 cdr.1



13001-33-33-013-2019-00023-01

"(...) La NUEVA EPS notificó para este caso a COLPENSIONES el día 05 de mayo de 2016, concepto de rehabilitación del aquí afiliado, señalando Desfavorable en relación con los diagnósticos: 1694 SECUELAS DE ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR, NO ESPECIFICADA COMO HEMORRAGICA U OCLUSIVA. (...)"

"(...) A la fecha el afiliado fue calificado por COLPENSIONES mediante el dictamen No. 20182788700NN del 30 de junio de 2018 que se encuentra en firme, toda vez que no presento inconformidad ante el mismo, en el cual se determinó una pérdida de capacidad laboral del 93.59% con fecha de estructuración el 21 de marzo de 2017.

Que lo procedente es acudir a presentar solicitud de pensión, lo cual a la fecha el afiliado no ha realizado, no se observa la presentación en debida forma de solicitud de la prestación económica, con la finalidad de validar el derecho solicitado, se evidencio que previa a la radicación de la acción de tutela que nos ocupa, no existe ninguna solicitud formal. (...)"

3. El accionante promueve acción de tutela con el fin de que se protejan los derechos fundamentales a la PENSION, PETICIÓN, LA VIDA y a la SEGURIDAD SOCIAL, supuestamente vulnerados por esta administradora con ocasión de la negativa del reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad correspondiente a los periodos indicados en el numeral 1."

A su vez, dentro del informe rendido por Colpensiones se señaló enfáticamente que el afiliado no ha presentado petición alguna solicitando el reconocimiento de su pensión.

Por lo anterior, solicita se declare improcedente la acción de tutela y como consecuencia se disponga el archivo de la presente acción de tutela.

2.4. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia de fecha 14 de febrero de 2019 el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del circuito de Cartagena decide negar el amparo de tutela por considerar que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES no ha vulnerado derecho fundamental alguno en relación a las pretensiones invocadas en la presente acción.

Por otra parte, consideró que en el caso bajo estudio, se debe dejar la claridad que la apoderada judicial de la parte accionante, actúa en nombre y representación exclusivamente de la empresa C.I. ESTRUCTURAS Y



13001-33-33-013-2019-00023-01

CONSTRUCCIONES S.A. y de conformidad con el memorial de poder, no tiene la facultad de actuar en representación del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA, razón por la cual no puede solicitar en nombre de él el reconocimiento de la pensión definitiva, pues reitera, el poder a ella conferido es específico y delimitado en cuanto a las facultades que posee.

2.5. Impugnación de la Sentencia⁴

La sentencia de fecha 14 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo Del Circuito De Cartagena, es impugnada el día diecinueve (19) de febrero de 2019 por la apoderada de entidad accionante la sociedad C.I. ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.A. por no estar de acuerdo con la decisión adoptada por el A-quo, toda vez que los argumentos utilizados son contrarios a derecho y así mismo, no tuvo en cuenta que estaba actuando como agente oficioso del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA, quien se encuentra postrado en una cama.

De igual manera, sustenta que la sentencia de primera instancia se encuentra viciada de legalidad, toda vez que se alega que solo está actuando en representación de C.I. ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.A. y no fue reconocida como agente oficioso del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA, tal como lo indica en el escrito de tutela.

2.6. Trámite de la Impugnación.

A través del auto de fecha veinte (20) de febrero de 2019, el A-quo concedió la impugnación⁵, siendo repartido en esta Corporación mediante acta de reparto⁶ ingresando el expediente a este Despacho para resolver de fondo.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia

Conforme lo establecido el Decreto 2591 de 1991, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción.

3.2. Problema Jurídicos.

Habida cuenta de los hechos y antecedentes procesales de esta actuación, la solución del presente caso exige a la Sala responder dos problemas jurídicos: por un lado,

⁴ Folios 86 cdr.1

⁵ Folio 48 cdr.1

⁶ Folio. 2 cuaderno 2



13001-33-33-013-2019-00023-01

¿Es procedente la presente acción de tutela por satisfacer los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela? (problema jurídico de procedibilidad).

Para resolver el problema jurídico planteado, la sala abordará los siguientes ejes temáticos, respecto de los requisitos generales de la procedencia de la acción de tutela i) la legitimación por activa y agencia oficiosa ii) legitimación en la causa por pasiva iii) Principio de Inmediatez, y iv) principio de subsidiariedad.

En caso de que la respuesta a la primera pregunta sea positiva, la Sala entrará a

¿Determinar si la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES ha vulnerado el derecho fundamental de petición de la empresa C.I. ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.A. al no contestar de fondo, clara y congruente la petición elevada por esta de fecha 20 de diciembre de 2018?

Por otra parte, la sala entrará a

¿Determinar si en el presente asunto se transgrede por parte de la entidad COLPENSIONES el derecho fundamental al mínimo vital y derecho a la seguridad social del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA al negarse a reconocer y pagar unas incapacidades; así como el reconocimiento de la pensión definitiva? (problema jurídico sustancial).

3.3. Tesis de la Sala.

La Sala, en respuesta al primer planteamiento del problema jurídico, sostendrá que en el presente asunto **la acción de tutela resulta procedente**, por reunirse los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, en relación al derecho de petición y pago de incapacidades.

Ahora bien, en lo que respecta al segundo y tercer problema jurídico planteado por la Sala, sostendrá que respecto al **derecho fundamental de petición** presentado por la empresa C.I. ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.A, en fecha 20 de diciembre de 2018, ante Colpensiones, este fue vulnerado por la entidad Colpensiones, ya que la entidad, no acreditó en debida forma la notificación del oficio por medio del cual dio contestación a la solicitud elevada; sin embargo, la Sala declarará la **carencia actual de objeto por hecho superado**, ya que Colpensiones allegó dentro del trámite de tutela, la respuesta concreta y de fondo, al derecho de petición presentado por C.I. ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.A y la decisión fue conocida por la apoderada de la parte accionante.

Finalmente en lo que respecta **al pago de las incapacidades** la Sala negará el reconocimiento del pago de las incapacidades, al no existir en el plenario, prueba



13001-33-33-013-2019-00023-01

de las incapacidades otorgadas por la EPS y reclamadas por la accionante, que conlleve a determinar a la Sala que la entidad Colpensiones deba cancelarlas, así como no se acreditó la vulneración al derecho fundamental al mínimo vital del señor CARMONA VERGARA; teniendo en cuenta que a la fecha cuenta con los servicios generales de salud y se encuentra cotizando tanto a pensión como a salud, lo que permite inferir que el agenciado viene recibiendo ingresos económicos, pues no de otra forma se podría explicar esas cotizaciones. De otra parte, existe la incompatibilidad entre recibir subsidio por incapacidad y salario.

A su turno, en lo que atañe al reconocimiento definitivo de la pensión de invalidez, la Sala considerará que no se ha agotado la vía gubernativa ante COLPENSIONES, en lo relacionado con la solicitud del reconocimiento de pensión definitiva, por lo que respecto de esta solicitud declarará la improcedencia del amparo, sin embargo y ante la existencia de un mandato (poder) emitido por el señor CARMONA VERGARA, instará a la representante legal de la entidad accionante C.I. ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.A para que de conformidad con lo a ella encomendado, inicie los trámites respectivos ante Colpensiones, a fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA.

3.4. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

3.4.1. Legitimación activa

Sobre el particular el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de amparo constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona en nombre propio o a través de representante, como en el caso en concreto, a fin de solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

De igual manera, en su artículo 10, el Decreto 2591 de 1991 señala:

"La acción de tutela podrá ser ejercida en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quién actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando la circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales."

De conformidad con lo anterior, en efecto, la empresa **C.I. ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES** se encuentran legitimados por activa para reclamar la



13001-33-33-013-2019-00023-01

protección del derecho fundamental alegado en la demanda, a través de apoderado debidamente constituido, tal como se presenta en este caso.

Ahora en lo que respecta a la representación del señor **RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA**, bajo la figura de la agencia oficiosa, en proceso de tutela el decreto 2591 de 1991 prevé la procedencia de dicha figura, al respecto se señala:

"Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales"

A su vez, la Honorable Corte Constitucional⁷ en reiterada jurisprudencia estableció los requisitos fundamentales para que dicha figura tenga validez y dispuso:

"En ese sentido, los requisitos que le dan validez a la agencia oficiosa han sido reseñados de la siguiente manera: "(i) la manifestación⁸ del agente oficioso en el sentido de actuar como tal; (ii) la circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela, ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir⁹, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas¹⁰ o mentales¹¹ para promover su propia defensa"¹². Recientemente la sentencia SU-055 de 2015, consideró que para que se configure la agencia oficiosa en materia de tutela, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: "(i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional. La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones

⁷ Sentencia T-430 del 11 de julio de 2017

⁸ Sobre el requisito de manifestar que se actúa bajo tal condición y que el agenciado se encuentra en imposibilidad de promover su defensa, la Corte ha realizado interpretaciones dirigidas a restarle rigidez según las circunstancias del caso, igualmente en sentencia T-120 de 2017 se había especificado que son requisitos de la agencia oficiosa: "que el agente manifieste actuar en esa calidad y, por otro lado, que el titular de los derechos presuntamente conculcados no esté en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. Dicha manifestación, en todo caso, puede ser explícita o inferida de la demanda de tutela, lo que quiere decir que la exigencia se cumple bien sea porque el agente afirme desempeñarse en cuanto tal o porque los hechos puestos de presente o las pruebas revelen que es a través de ese mecanismo que se quiso dirigir la acción.

⁹ Ver sentencia T- 452/01.

¹⁰ Ver sentencia T-342/94.

¹¹ Ver sentencia T-414/99.

¹² Ver sentencias T-109/11 y T-388/12.



13001-33-33-013-2019-00023-01

relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales".

Por lo anterior, en el presente asunto se encuentran acreditados los requisitos mencionados anteriormente, a efectos de acreditar la calidad de agente oficioso que ostenta la doctora **ESTRELLA ZARANTE RODRIGUEZ**, respecto del señor FERNANDO CARMONA VERGARA, toda vez que la apoderada de la parte accionante, en el escrito de tutela manifestó la calidad de agente oficioso en la que actuaba, argumentando que el señor CARMONA VERGARA no se encuentra en condiciones físicas para actuar en el presente proceso, debido a que su estado de salud le impide movilizarse y tiene una pérdida declarada de capacidad laboral del 93.59%, además de quien se señala es una persona que vive sola y cuenta con 73 años de edad.

3.4.2. Legitimación pasiva.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negritas fuera de texto)

La autoridad accionada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** es la entidad a la cual la parte accionante le endilga la vulneración de sus derechos de petición, mínimo vital y seguridad social, y por tanto en principio se encuentra legitimada para ser llamada en el presente proceso, pues se observa que dentro de sus competencias se encuentra la de resolver asuntos de la naturaleza que se debate en la presente acción. Por lo tanto, está legitimada en la causa por pasiva frente a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que la accionante narra en su escrito de tutela.

3.4.3 Principio de Inmediatez

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha sostenido que, si bien no existe un término de caducidad de la acción, debe tenerse en cuenta el principio de inmediatez de la acción de tutela, en el sentido de que exista un plazo razonable y oportuno entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción.



13001-33-33-013-2019-00023-01

En ese sentido, la sentencia T-246 del 30 de abril de 2015, la Honorable Corte Constitucional definió dicho principio de la siguiente forma:

"La inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. La satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental."

Así las cosas, el accionante presentó la acción de tutela de manera oportuna, ya que los derechos presuntamente vulnerados se dieron con ocasión de actuaciones desplegadas por la parte accionada COLPENSIONES, en el mes de diciembre de 2018, fecha en la cual fue presentado el derecho de petición ante la entidad Colpensiones en el que se solicita el pago de unas incapacidades; y la presente acción fue presentada en el mes de enero de 2019; de otra parte es actual lo relacionado con el pago de las incapacidades y la pensión de invalidez.

3.4.5. Principio de Subsidiariedad

En relación con el principio de subsidiariedad, la Honorable Corte Constitucional en la sentencia T-480 del 13 de junio de 2011, hace alusión al alcance del mismo en los siguientes términos:

*"La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en **virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas-** y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En*



13001-33-33-013-2019-00023-01

estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo."

Al respecto para la Sala se configura en el presente asunto la procedencia de la acción de tutela, toda vez que, al momento de presentarse la acción de tutela, el accionante no conocía, la decisión emitida por la entidad Colpensiones, en la cual se daba contestación a su derecho de petición radicado ante la entidad en fecha 20 de diciembre de 2018.

En consecuencia, para la sala, la acción de tutela se convierte en el medio idóneo y principal para buscar la protección efectiva del derecho de petición presuntamente vulnerado por la entidad Colpensiones a la accionada C.I. ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.A y al señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA, en ese sentido encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad de la presente acción de tutela.

De otra parte, ante el alto grado de vulnerabilidad que presenta el agenciado, es necesario estudiar lo relacionado con el pago de incapacidades, en tanto las vías ordinarias no contarían con la prontitud para solucionar la problemática planteada, además de considerar que estamos frente a un caso donde se evidencia una posible vulneración al mínimo vital del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA.

Con relación al reconocimiento de la pensión de invalidez, como se estudiará más adelante no se cumple con el requisito para su reconocimiento a través del mecanismo judicial de tutela.

Ahora bien, una vez acreditados los requisitos generales de procedencia de la presente acción de tutela, la Sala abordará el marco normativo y jurisprudencial, tendiente a resolver el planteamiento del segundo y tercer problema jurídico, al respecto se desarrollarán los siguientes ejes temáticos dentro del marco normativo y jurisprudencial, **i) generalidades de la acción de tutela ii) Del derecho fundamental de petición frente a la acción de tutela. iii) . De la carencia actual de objeto por hecho superado. iv) Derecho fundamental al mínimo vital v) Derecho fundamental a la seguridad social. vi) Procedimiento y obligados al pago de incapacidades laborales, calificación de invalidez y reconocimiento de pensión cuando se trata de enfermedad de origen común vii) Reconocimiento de pensión por vía de tutela.**

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 DE LA ACCION DE TUTELA.



13001-33-33-013-2019-00023-01

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

4.2 . Del derecho fundamental de petición frente a la acción de tutela.

El artículo 23 de la Constitución Política de Colombia establece *"que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales."*

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-154 del 24 de abril de 2018 reitera la procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho constitucional fundamental de petición, debido a que no existe otro instrumento judicial para ello y teniendo este el carácter de aplicación inmediata.

El derecho de petición, según la jurisprudencia constitucional, tiene una finalidad doble: por un lado permite que los interesados eleven peticiones respetuosas a las autoridades y, por otro, garantiza una respuesta oportuna, eficaz, de fondo y congruente con lo solicitado.

Ha indicado la Corte que *"(...) dentro de sus garantías se encuentran (i) la pronta resolución del mismo, es decir que la respuesta debe entregarse dentro del término legalmente establecido para ello; y (ii) la contestación debe ser clara y efectiva respecto de lo pedido, de tal manera que permita al peticionario conocer la*



13001-33-33-013-2019-00023-01

situación real de lo solicitado"¹³. En esa dirección también ha sostenido que a este derecho se adscriben tres posiciones"¹⁴: "(i) la posibilidad de formular la petición, (ii) la respuesta de fondo y (iii) la resolución dentro del término legal y la consecuente notificación de la respuesta al peticionario"¹⁵.

"...

9.1 El primer elemento, busca garantizar la posibilidad efectiva y cierta que tienen las personas de presentar solicitudes respetuosas ante las autoridades y los particulares en los casos establecidos por la ley, sin que se puedan abstener de recibirlas y por lo tanto de tramitarlas^[27]. Al respecto, la sentencia C-951 de 2014 indicó que "los obligados a cumplir con este derecho tienen el deber de recibir toda clase de petición, puesto que esa posibilidad hace parte del núcleo esencial del derecho".

9.2. El segundo elemento implica que las autoridades públicas y los particulares, en los casos definidos por la ley, tienen el deber de resolver de fondo las peticiones interpuestas, es decir que les es exigible una respuesta que aborde de manera clara, precisa y congruente cada una de ellas; en otras palabras, implica resolver materialmente la petición. La jurisprudencia ha indicado que una respuesta de fondo deber ser: "(i) clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas; (iii) congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente"^[28]. En esa dirección, este Tribunal ha sostenido "que se debe dar resolución integral de la solicitud, de manera que se atienda lo pedido, sin que ello signifique que la solución tenga que ser positiva"

9.3. El tercer elemento se refiere a dos supuestos. En primer lugar, (i) a la oportuna resolución de la petición que implica dar respuesta dentro del término legal establecido para ello. Al respecto, la Ley 1755 de 2015 en el artículo 14 fijó el lapso para resolver las distintas modalidades de peticiones^[30]. De dicha norma se desprende que el término general para resolver solicitudes respetuosas es de 15 días hábiles, contados desde la recepción de la solicitud. La ausencia de respuesta en dicho lapso vulnera el derecho de

¹³ Sentencia T-376/17.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014

¹⁵ Los elementos han sido reseñados en las sentencias T-814/05, T-147/06, T-610/08, T-760/09, C-818/11, C-951/14, entre otras.



13001-33-33-013-2019-00023-01

petición. En segundo lugar, al deber de notificar que implica la obligación del emisor de la respuesta de poner en conocimiento del interesado la resolución de fondo, con el fin que la conozca y que pueda interponer, si así lo considera, los recursos que la ley prevé o incluso demandar ante la jurisdicción competente. Se ha considerado que la ausencia de comunicación de la respuesta implica la ineficacia del derecho." ¹⁶

Finalmente y en consonancia con lo dicho anteriormente, mediante la sentencia C-951 de 2014 la Corte Constitucional indicó que "[e]l ciudadano **debe conocer la decisión** proferida por las autoridades para ver protegido efectivamente su derecho de petición, porque ese conocimiento, dado el caso, es presupuesto para impugnar la respuesta correspondiente" y, en esa dirección, "[l]a notificación es la vía adecuada para que la persona conozca la resolución de las autoridades, acto que debe sujetarse a lo normado en el capítulo de notificaciones de la Ley 1437 de 2011"

4.3. De la carencia actual de objeto por hecho superado.

La jurisprudencia Constitucional ha identificado tres hipótesis en las cuales se configura el fenómeno de la carencia actual de objeto, a saber: (i) cuando se presenta un daño consumado; (ii) cuando acaece un hecho sobreviniente; y (iii) cuando existe un **hecho superado**¹⁷

"En cuanto a la hipótesis de **daño consumado** tiene lugar cuando "la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela"

La carencia de objeto **por el acaecimiento de un hecho sobreviniente** tiene lugar cuando la situación que generó la amenaza o vulneración del derecho fundamental cesó bien, "porque el actor mismo asumió la carga que no le correspondía, o porque a raíz de dicha situación, perdió interés en el resultado de la litis". Entonces, el hecho sobreviniente, a diferencia del hecho superado, no tiene origen en una actuación de la parte accionada dentro del trámite de tutela. En razón de ello y, según las circunstancias de cada caso, el juez constitucional debe pronunciarse de fondo cuando encuentre que existan "actuaciones a surtir, como la repetición por los costos asumidos o incluso, procesos disciplinarios a adelantar por la negligencia incurrida"

Por último, la **carencia actual de objeto por hecho superado** tiene lugar cuando desaparece la afectación al derecho fundamental alegado y se satisfacen las pretensiones del accionante: Esta circunstancia puede ser consecuencia de "la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor", lo cual puede acaecer entre la presentación de la tutela y la sentencia del juez constitucional. Cuando se encuentra demostrada esta situación, el juez de

¹⁶ Sentencia T-206/18 Referencia: Expediente T-6.187.295 - Acción de tutela interpuesta por Luis Carlos Villarreal Pérez contra la Secretaría de Recreación y Deporte del Distrito de Barranquilla. Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO - Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de dos dieciocho (2018).

¹⁷ Sentencia T-149/18



13001-33-33-013-2019-00023-01

tutela no tiene el deber de proferir un pronunciamiento de fondos sin embargo, de considerarlo necesario, puede realizar observaciones sobre los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela, bien sea para condenar su ocurrencia, advertir sobre su falta de conformidad constitucional o conminar al accionado para evitar su repetición. En todos los casos, sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, es necesario demostrar, en la providencia de que se trate, del acaecimiento del hecho superado".

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, se han diferenciado tres criterios para determinar si ha acaecido o no el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, a saber así:

(i) que con anterioridad a la acción de tutela exista una vulneración o amenaza a un derecho fundamental del accionante, cuya protección sea posteriormente solicitada;

(ii) que durante el trámite de la acción de tutela haya cesado la vulneración o amenaza del derecho, y;

(iii) que si la acción pretende el suministro de una prestación y, "dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta [advierte la Sala, siempre y cuando no corresponda al cumplimiento de una orden del juez de tutela], también se puede considerar que existe un hecho superado"¹⁸

La Corte Constitucional ha sostenido que cuando se encuentre probada alguna de estas circunstancias, el **Juez Constitucional tiene el deber de declarar la carencia actual de objeto. De lo contrario, las decisiones y órdenes carecerían de sentido ante "la superación de los hechos que dieron lugar al recurso de amparo o ante la satisfacción de las pretensiones del actor (...)"**¹⁹

4.4 Derecho fundamental al mínimo vital.

El derecho al mínimo vital es uno de los derechos más característicos de un Estado Social de Derecho es el mínimo vital. Según la Corte Constitucional, este derecho se deriva de los principios de Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad. Este derecho adquiere relevancia en situaciones humanas límites, relativas a la extrema pobreza y la indigencia, cuando frente a las necesidades más elementales y humanas, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente.²⁰

Según la Corte Constitucional, el derecho al mínimo vital tiene dos dimensiones:

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-045 de 2008.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-771 de 2014.

²⁰ Sentencia T-716/17



13001-33-33-013-2019-00023-01

(i) la positiva, presupone que el Estado y en algunas ocasiones los particulares, cuando se reúnen las condiciones establecidas, "están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano"; (ii) la negativa, es un límite que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna. En palabras de la Corte, "el Estado debe asegurar, en primer lugar, las condiciones para que las personas, de manera autónoma, puedan satisfacer sus requerimientos vitales y ello implica que, mientras no existan razones imperiosas, no puede el Estado restringir ese espacio de autonomía de manera que se comprometa esa posibilidad de las personas de asegurar por sí mismas sus medios de subsistencia"

4.4.1 Mínimo vital en adultos mayores

Frente a la protección del derecho fundamental al mínimo de los adultos mayores, la Corte Constitucional ha señalado que "en el caso de los adultos mayores, quienes hacen parte de los grupos vulnerables, su subsistencia está comprometida en razón a su edad y condiciones de salud, cuya capacidad laboral se encuentra agotada y cuyo único medio de supervivencia está representado en una pensión o ingresos propios, y que, al no contar con ellos, para asumir sus necesidades más elementales, afectan de manera inmediata su calidad de vida, y afectación de su mínimo vital, los coloca en una condición de indefensión, requiriendo una protección inmediata de sus derechos fundamentales"²¹

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha resaltado que las personas de la tercera edad tienen derecho **"a una protección mínima frente al desempleo, y a la falta de vivienda, de educación y de alimentación. Derecho que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, adquiere el carácter fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su falta de reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral, o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad"**²²

Finalmente, La Corte ha enfatizado en la especial protección que merecen los ancianos en situación de pobreza extrema que se encuentren en las siguientes circunstancias: **"i) no tienen ingresos o que los perciben en cuantía inferior al salario mínimo mensual; ii) su cobertura de seguridad social es limitada o inequitativa o no la tiene; y iii) debido a sus altos índices de desnutrición sus condiciones de vida**

²¹ Corte Constitucional, Sentencias T-685 de 2014; T-779 de 2014.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-900 de 2007.



13001-33-33-013-2019-00023-01

se ven agudizadas, siendo muy vulnerables pues sus capacidades están disminuidas y no tienen muchas oportunidades de mejorar su condición"²³

4.5 Derecho fundamental a la seguridad social.

La corte constitucional en sentencia de fecha once (11) de septiembre de dos mil catorce (2014) definió la seguridad social, como "un instituto jurídico de naturaleza dual, esto es, que tiene la condición tanto de derecho fundamental, como de servicio público esencial bajo la dirección, coordinación y control del Estado; surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos 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."

A su vez la corte constitucional, en sentencia T-628 de 2007, estableció que la finalidad de la seguridad social guarda "necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación."

Adicional a lo expuesto, es necesario destacar que el concepto de "seguridad social" hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas, por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que:

"El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: **a)** la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; **b)** gastos excesivos de atención de salud; **c)** apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.

²³ Sentencia T-716/17



13001-33-33-013-2019-00023-01

4.6 Procedimiento y obligados al pago de incapacidades laborales, calificación de invalidez y reconocimiento de pensión cuando se trata de enfermedad de origen común.

El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, establece lo siguiente:

"En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante".

Por su parte, artículo 206 de la Ley 100 de 1993 dispone que:

"INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto"

Ahora bien, el parágrafo 1° del Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999 dispone: *"Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados".*

La corte constitucional en sentencia T-333 de 2013, resumió las mentadas disposiciones para clarificar las entidades a quienes les corresponde cancelar el subsidio de incapacidad por enfermedad general hasta los 180 días, tal como se peticiona en esta acción de tutela, así:

"4.2. El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores.²⁴

²⁴ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227. (...)



13001-33-33-013-2019-00023-01

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de "las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes", y autorizó a las EPS para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.

En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días²⁵ y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSS o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.²⁶

Por consiguiente, en las hipótesis reseñadas, de incapacidad por enfermedad general, el encargado de cubrirla por el primer período, menor a 3 días es el empleador. A partir de allí y hasta los 180 días, la responsable de cancelar ese monto es la respectiva Entidad Prestadora de Salud.

El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, la corte constitucional en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así:

"(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente²⁷.

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.

(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es

²⁵ Parágrafo 1º, Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999: "Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados".

²⁶ La sentencia T-786 de 2009 (...) enumera los eventos en que la responsabilidad de las EPS en el reconocimiento de las incapacidades laborales causadas durante los primeros 180 días se traslada a los empleadores. El fallo indica que esto puede ocurrir cuando, por ejemplo, el trabajador no reúne el número mínimo de semanas cotizadas exigidas en el Decreto 47 de 2000; cuando el empleador incurrió en mora en el pago de las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella y cuando el empleador no informa sobre la incapacidad concreta del trabajador.

²⁷ Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).



13001-33-33-013-2019-00023-01

favorable o desfavorable.

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente".

En efecto, de conformidad con el citado proveído²⁸, el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.

La Administradora de Fondo de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180 "hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%"²⁹.

4.6.1 Del reconocimiento y pago de incapacidades en sede de tutela.

Así, en diferentes pronunciamientos de la Corporación, con el fin de determinar la protección de cuando media este tipo de pretensiones, se han ponderado aspectos como la edad del presunto afectado (menor de edad, adulto mayor), la situación económica, el estado de salud del solicitante y de su familia, **el grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), así como la actividad administrativa adelantada para obtener la protección de sus derechos.**

A modo de ejemplo, la Corte se ocupó de un caso en el que una persona reclamaba el pago de unas incapacidades médicas de origen común y revisó la procedencia de la acción de tutela en los siguientes términos:

"Así las cosas, esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, **cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que**

²⁸ En la que se ratifica, entre otras, la sentencia T-920 de 2009.

²⁹ Ibídem.



13001-33-33-013-2019-00023-01

dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza" ³⁰

En otros términos, las discusiones que versan sobre el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como son los subsidios de incapacidad, deben ser controvertidas en principio en el natural espacio de debate de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa, o ante la Superintendencia Nacional de Salud, según el caso, y sólo de manera excepcional a través de la acción de tutela, siempre y cuando, el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, no resulte eficaz para la protección del derecho fundamental invocado – como el mínimo vital-, y que las circunstancias específicas del caso hagan necesaria la intervención del juez de tutela

Lo anterior, en razón a que el pago de incapacidades a una persona que sufre una afectación en su salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental **(i)** a la salud "en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación" y **(ii)** el derecho al mínimo vital, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, "por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar".³¹

4.7 Reconocimiento de pensión por vía de tutela.

En lo relacionado con el reconocimiento de pensiones en sede de tutela, la Corte constitucional ha señalado³² que se admite su procedencia en eventos en los que el amparo lo solicita un "(i) sujeto de especial protección constitucional, también se establece que (ii) la falta de pago de la prestación genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, **(iii) se ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos**, y (iv) aparec[en] acreditadas siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados"

³⁰ T-920 de 2009 y T-140 de 2016.

³¹ Sentencia T-246 de 2018 Corte Constitucional

³² Sentencia T- 014 de 2012.



13001-33-33-013-2019-00023-01

4. MATERIAL PROBATORIO RELEVANTE.

La Sala, al examinar el expediente contentivo de la presente acción constitucional, encontró lo siguiente:

- Copia de derecho de petición presentado por CAROLINA CARMONA MONTENEGRO representante legal de C.I. ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.A. quien es empleadora del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA ante COLPENSIONES con fecha de recibido 20 de diciembre de 2018, solicitando el pago de incapacidades.³³
- Copia de pantallazo de consulta del pago de incapacidades en los que se evidencia, como fecha de pago 16 de abril de 2018 y 01 de septiembre de 2019.³⁴
- Copia de certificación de afiliación del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA expedida por la NUEVA EPS.³⁵ Expedida con fecha 20 de diciembre de 2018.
- Copia de comunicación de dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA expedido por COLPENSIONES.³⁶
- Copia de certificación de incapacidades del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA expedido por la NUEVA EPS.³⁷ Relacionadas desde el 10 de Enero de 2015 hasta el 5 de diciembre de 2015.

4.1. VALORACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS DE CARA AL MARCO JURÍDICO.

La Sala, estudia en un primer momento la protección del derecho fundamental constitucional de petición presuntamente vulnerado por COLPENSIONES a C.I. ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.A., al no contestar de fondo la petición de fecha 20 de diciembre de 2018 radicada ante la entidad.

La petición que en su momento se solicitó a Colpensiones se limitó a lo siguiente: *"solicito el pago de todas las incapacidades que adeuda desde el día dic 5 de 2.015 hasta el día dic 30 de 2.018, más los que se sigan causando hasta que lo pensionen definitivamente."*

³³ Folios 5-6 cdr.1

³⁴ Folios 7-9 cdr.1

³⁵ Folio 10 cdr.1

³⁶ Folios 13- 16 cdr.1

³⁷ Folios 41-42 cdr.1



13001-33-33-013-2019-00023-01

Al respecto, la entidad accionada COLPENSIONES dentro del trámite en instancia anterior, contestó el escrito de tutela y manifiesta básicamente que mediante comunicación con BZ No. 2018_16191213 del 10 de enero de 2018, se le informó al ciudadano que **no había lugar al reconocimiento y pago de subsidio de incapacidad**, toda vez que el CRE (Certificado de Rehabilitación) expedido por la EPS, era desfavorable; al respecto alude la accionada que la comunicación fue devuelta por la empresa de mensajería atendiendo a un cambio de domicilio.

Así mismo, manifestó que en comunicación 2019 BZG 2019_1847840 BZG 2019_1663618 de fecha 13 de febrero de 2019 enviado con numero de guía GA87022737256 a la dirección aportada en la petición, esta fue devuelta por no residir allí; en consecuencia, Colpensiones manifiesta que se dio respuesta a la solicitud realizada y en consecuencia no se encuentra vulnerado dicho derecho ya que la entidad accionada emitió respuesta de fondo a la solicitud realizada el 20 de diciembre de 2018.³⁸

Al respecto el Juez de primera instancia, consideró que el presente asunto respecto del derecho de petición existía en el plenario prueba de la respuesta emitida por parte de Colpensiones, así como de su envío a la dirección física dispuesta por la accionante para recibir notificaciones, esta Sala, en diferentes pronunciamientos y de conformidad con las consideraciones desarrollados en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, ha considerado que el derecho fundamental de petición se encuentra satisfecho, en la medida que exista conocimiento por parte del peticionario de la decisión que la administración tomó respecto de su petición - solicitud, postura que ha desarrollado ampliamente la Corte Constitucional.

De conformidad con lo anterior, en el presente trámite de tutela se aportaron, copia del oficio por medio del cual se dio contestación al derecho de petición presentado por la accionante y la correspondiente constancia de envío, en la cual consta la devolución con la anotación de "no reside".

Al respecto la Sala considera que en el derecho de petición, radicado ante Colpensiones en fecha 20 de diciembre de 2018, se encontraba el correo electrónico asistente@ciec-sa.com como dirección electrónica para notificaciones, sin embargo de la respuesta emitida por Colpensiones, así como de los documentos aportados dentro del trámite de tutela, no se probó por parte de la entidad accionada COLPENSIONES, el envío por ese medio.

La entidad se limitó a informar en la contestación de tutela que *"su petición del 20 de diciembre de 2019, fue resuelta mediante oficio del 10 de enero de 2019, enviada a la dirección aportada en la referida petición, sin embargo se señala por parte del servicio de mensajería cambio de domicilio, que corroborada la dirección corresponde a la que fue colocada en su petición para notificación. Respuesta que a la fecha me permito anexar para su conocimiento."* Es decir que al momento

³⁸ Folios 56-63 cdr.1



13001-33-33-013-2019-00023-01

de instaurarse la acción de tutela, esto es, la fecha del 31 de enero de 2019³⁹, la accionante no conocía la respuesta a su derecho de petición.

De conformidad con lo anterior, la Sala considera que en el presente asunto sí se vulneró el derecho fundamental de petición de la empresa C.I ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.A, por parte de Colpensiones, ya que en la contestación a la acción de tutela, no se acreditó en debida forma la notificación del oficio por medio del cual dio contestación a la solicitud elevada, sin embargo, la entidad Colpensiones allegó dentro del trámite de tutela respuesta concreta y de fondo al derecho de petición y la misma fue conocida por la apoderada de la parte accionante⁴⁰; razón por la cual la vulneración al derecho de petición cesó dentro del trámite de tutela, evento que ha previsto la Corte Constitucional como hecho superado.

Ahora bien, frente a la pretensión de solicitud de pago de incapacidades, que se solicita a Colpensiones, se tiene que el accionante no acredita la existencia de las mismas, toda vez que aporta dos estados de incapacidades de las que se observa ya fueron canceladas, a su vez, no allega las que pretende cobrar dentro de este trámite, finalmente para la sala resulta incompatible el pago de las incapacidades con el pago salario, como la parecer se ha venido haciendo, teniendo en cuenta que el pago a los aportes de salud y pensión por parte del Empleador.

Obsérvese que respecto del pago de las incapacidades otorgadas entre el día 181 y el 540 a cargo de la entidad administradora de pensiones, para el caso que nos ocupa COLPENSIONES, la Corte advierte que se requiere: **i) contar con el concepto de rehabilitación favorable o desfavorable** expedido por la entidad promotora de salud y, ii) que la persona se encuentre activa y afiliada a una entidad administradora del sistema general de seguridad social en pensiones.

Es decir que a la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador le corresponde realizar lo propio a partir del tercer día y hasta el día 180, debe emitir el concepto favorable de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a más tardar el día 150 al fondo de pensiones al cual se encuentre cotizando la persona. En caso de que omita dicha obligación y se hayan agotado los primeros 180 días de incapacidad, la EPS deberá continuar con el pago de los días posteriores hasta tanto expida el correspondiente concepto. **En este caso, compete al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades ante la EPS, situación que en el presente asunto no se acreditó.**

En suma, en relación con la remisión a la AFP en la cual se encuentre afiliada la persona, esta Sala ha considerado que la EPS debe adelantar el acompañamiento necesario, para lo cual está en la obligación de enviar directamente los

³⁹ Folio 1 del expediente, en el que reposa fecha de radicado el escrito de tutela ante la oficina judicial de reparto.

⁴⁰ Mediante llamada realizada por la auxiliar del Despacho 005 a la Doctora ESTRELLA ZARANTE RODRIGUEZ, al celular 3168461084 el día 05 de abril de 2019 a las 02:35 pm, manifestó que conoce el oficio emitido por Colpensiones respecto del derecho de petición presentado el 20 de diciembre de 2018, toda vez fue aportado durante el trámite de tutela.



13001-33-33-013-2019-00023-01

documentos correspondientes al fondo de pensiones correspondiente, para que este inicie el pago de las incapacidades y promueva la calificación del trabajador.

En conclusión no hay lugar a conceder esta pretensión, mediante este mecanismo constitucional, toda vez que como se dijo anteriormente, no se acreditó la existencia de las incapacidades que se reclaman y aunque la tutela carece de formalismos, se tiene que como cualquier otra acción judicial requiere de las pruebas necesarias para declarar los derechos reclamados.

Finalmente en lo que respecta **al reconocimiento y pago de la pensión**, se tiene que en el derecho de petición radicado ante Colpensiones con fecha 20 de diciembre de 2018, no se solicitó expresamente su reconocimiento y en el plenario no existe evidencia o prueba que el trámite administrativo ante Colpensiones con el fin de solicitar la pensión se haya iniciado, a su vez no existe una negativa de la entidad de reconocerle dicho derecho al accionante.

Al respecto la entidad Colpensiones fue enfática en manifestar dentro de la contestación de tutela que:

A la fecha el afiliado fue calificado por Colpensiones mediante el dictamen No. 20182788700NN del 30 de junio de 2018 que se encuentra en firme, toda vez que no presento inconformidad ante el mismo, en el cual se determinó una pérdida de capacidad laboral del 93.59% con fecha de estructuración el 21 de marzo de 2017.

Que lo procedente es acudir a presentar solicitud de pensión, lo cual a la fecha el afiliado no ha realizado, no se observa la presentación en debida forma de solicitud de la prestación económica, con la finalidad de validar el derecho solicitado, se evidencio que previa a la radicación de la acción de tutela que nos ocupa, no existe ninguna solicitud formal.

Así las cosas, se informa que Colpensiones está presto a realizar la validación de la prestación pensional, solicitando se acerque a nuestros Puntos de Atención COLPENSIONES (PAC), con la finalidad de adelantar su trámite y deberá acudir con los siguientes documentos:

1. Formato solicitud de prestaciones económicas
2. Documento de identidad del solicitante ampliado al 150%
3. Formato información de EPS
4. Dictamen médico laboral emitido por el área de Medicina Laboral de COLPENSIONES, que determine en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y califique el grado de invalidez y el origen de la contingencia. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a la Junta Regional de Calificación de Invalidez dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya



13001-33-33-013-2019-00023-01

decisión podrá ser apelada ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con la manifestación de la conformidad del mismo respecto de la incapacidad que afecta al solicitante inválido. En el evento de existir inconformidad con el Dictamen proferido por el área de Medicina Laboral de COLPENSIONES, se deberá anexar el Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en firme o el dictamen de la Junta Nacional de Calificación debidamente ejecutoriado.

Así las cosas, es menester resaltar, que la Sala frente a la pretensión de protección de los derechos fundamentales a LA SEGURIDAD SOCIAL presuntamente vulnerados al señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA, no encuentra cumplido el requisito de haber desplegado la actividad administrativa y judicial que exige el mecanismo Constitucional para tutela, toda vez que no se ha agotado la vía gubernativa con el fin de lograr la protección de los derechos fundamentales que son motivo de controversia en el presente asunto.

Finalmente llama la atención de La sala que a folio 17 del expediente, se evidencia copia de poder dirigido a la entidad COLPENSIONES y otorgado por el señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA a la señora CAROLINA CARMONA MONTENEGRO, con el fin de iniciar los trámites tendientes a la obtención de la pensión de invalidez, sin embargo dicho trámite como quedó probado en el expediente y de conformidad con lo manifestado por la entidad COLPENSIONES no se ha iniciado, razón por la cual la sala instará a la señora CAROLINA CARMONA MONTENEGRO, a fin de que inicie los trámites respectivos ante la entidad Colpensiones con el fin de solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA.

Apreciando pues, la existencia de otro mecanismo idóneo para el caso concreto, es indispensable hacer claridad que la acción de tutela de manera eminente solo podría proceder si existiera eventualmente un perjuicio irremediable, traduciendo esto en lo manifestado por la Corte Constitucional como urgente, grave e impostergable, y que en últimas haga factible su amparo excepcional, al respecto y pese a las condiciones de salud del agenciado RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA en la actualidad, expuestas por el agente oficioso, se acreditó en el plenario que el señor CARMONA posee las atenciones médicas⁴¹ y unos ingresos económicos ⁴² que permiten garantizar su *derecho al mínimo vital*, no de otra manera se podría explicar las cotizaciones a salud y pensión.

Ahora, causa extrañeza a la Sala que la señora CAROLINA CARMONA MONTENEGRO, aun cuando cuenta con poder para gestionar la pensión a nombre de RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA, no lo haya realizado hasta el momento.

⁴¹ Certificación de afiliación expedida por la NUEVA EPS, en estado de ACTIVO y en condición de COTIZANTE.

⁴² Manifestación realizada por parte de la accionante en el escrito de tutela, visible a folio 2 del expediente.



13001-33-33-013-2019-00023-01

De lo estudiado en el plenario, se puede colegir es el riesgo a la vulneración de los derechos fundamentales del agenciado viene siendo ocasionado es por la omisión de la señora CAROLINA CARMONA MONTENEGRO, teniendo en cuenta que no ha acudido ante el fondo de pensiones, para tramitar la pensión correspondiente, a pesar que cuenta con facultades para ello.

En consecuencia, no resulta procedente el ejercicio de la acción de tutela para pretender el reconocimiento de la pensión definitiva del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA sin que medie solicitud alguna a la entidad accionada, atendiendo además que no se logró efectivamente acreditar la existencia de un perjuicio irremediable, como se señaló anteriormente, por el contrario, se acreditó en el plenario que el señor CARMONA posee las atenciones médicas⁴³, viene cotizando a pensión, lo cual demostraría que viene percibiendo unos recursos económicos, que permiten garantizar su *derecho al mínimo vital*, entonces es relevante precisar que para este caso, respecto del reconocimiento de la pensión de invalidez, dado el carácter de subsidiariedad de la acción de tutela, esta resulta improcedente.

La sala por su parte, en el presente asunto, pondrá en conocimiento a La Defensoría Del Pueblo de la situación del agenciado para que de conformidad a sus competencias asuma las actividades necesarias para proteger los derechos de señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA, en el sentido que, vigile que realmente la señora CAROLINA CARMONA MONTENEGRO inicie la solicitud de reconocimiento de la pensión a nombre del agenciado, que la entidad Colpensiones tramite de manera prioritaria dicho trámite y finalmente que los recursos que llegue a reconocerse beneficien directamente al agenciado, señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden y los hechos que resultaron probados en el proceso, se revocará la decisión de primera instancia que declaró la improcedencia general de la acción de tutela, y en su lugar declarará la carencia actual de objeto por hecho superado respecto del derecho fundamental de petición, y la improcedencia de la acción de tutela frente al reconcomiendo de la pensión de invalidez del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA, a su vez negará la pretensión del pago de las incapacidades.

Con fundamento en los razonamientos fácticos y jurisprudenciales, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala fija de decisión No.01.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve 2019, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena y en su lugar se dispone:

⁴³ Certificación de afiliación expedida por la NUEVA EPS, en estado de ACTIVO y en condición de COTIZANTE.



13001-33-33-013-2019-00023-01

SEGUNDO: DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado respecto del derecho fundamental de petición presentado por la empresa en fecha 20 de diciembre de 2018 ante la entidad Colpensiones por las razones expuesta en esta providencia.

TERCERO: NEGAR el reconcomiendo y pago de las incapacidades solicitadas por la parte accionante de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR la improcedencia de la acción de tutela frente al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, solicitada por la Doctora ESTRELLA ZARATE RODRÍGUEZ quien actúa en calidad de agente oficiosa RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

QUINTO: INSTAR a la señora CAROLINA CARMONA MONTENEGRO, en su calidad de representante legal C.I ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.A, a fin de que inicie los trámites respectivos ante la entidad Colpensiones con el fin de obtener el reconocimiento pensional del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA. A su vez a COLPENSIONES para que una vez radicado la solicitud trámite con prontitud la misma, atendiendo la alta vulnerabilidad del agenciado.

SEXTO: Poner en conocimiento de la DEFENSORIA DEL PUEBLO la situación de vulnerabilidad del señor RAFAEL FERNANDO CARMONA VERGARA para que en el marco de sus funciones adelante las actividades necesarias a efectos de proteger sus derechos.

SEPTIMO: En firme esta providencia, remítase el respectivo expediente a la Honorable Corte Constitucional en opción de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS