



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

SENTENCIA No. 68

Santiago de Cali, diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Corresponde al despacho proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela incoada a través de agente oficioso¹ por el señor Aldemar Mera Guerrero en contra del Departamento del Valle del Cauca – Secretaría de Educación.

I. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS

Señaló que el día 4 de mayo de 2016 solicitó ante la entidad accionada el reconocimiento y pago de una sustitución pensional a su favor ante la muerte de su madre Flor María Guerrero y como quiera que fue valorado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el día 18 de septiembre de 2003, quien lo dictaminó con una pérdida de capacidad laboral del 70%.

Indicó que hasta la fecha el Departamento del Valle del Cauca no se ha pronunciado frente a la petición radiada el 4 de mayo de 2016.

Refirió que el accionante es un sujeto de especial protección por parte del Estado, habida cuenta que tiene una pérdida de capacidad laboral del 70% y no tiene ningún tipo de sustento económico, por tanto el Estado debe garantizar su mínimo vital a través de la sustitución pensional deprecada.

1.2. PRETENSIONES

¹ Dr. Nicolas Alcides Lengua Portilla.

Se pretende por este medio el reconocimiento de la sustitución pensional y el pago del retroactivo pensional indexado desde el fallecimiento de la causante Flor de María Guerrero, esto es, desde el 10 de junio de 2003; así mismo el pago de intereses de mora con fundamento en lo dispuesto por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 de las mesadas pensionales causadas y no pagadas al accionante, desde el 11 de octubre de 2016 hasta la fecha efectiva del pago.

Lo anterior con fundamento en la violación que aduce frente a sus derechos fundamentales de petición, la igualdad, seguridad social, mínimo vital, dignidad humana y derecho a la vida.

II. TRÁMITE PROCESAL

Al reunir los requisitos previstos en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, la solicitud de tutela fue admitida por medio del auto No. 765 del 27 de octubre de 2017, en el que se ordenó la notificación de la entidad accionada, concediéndosele un término de 03 días para que se rindiera informe documentado sobre los hechos que motivan la acción, decisión que le fue notificada a la accionada vía correo electrónico² y al accionante mediante télex.

III. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Señaló que un contratista de la entidad encargado de los asuntos de sustitución pensional, se comunicó con el agente oficioso del accionante, señor Nicolás Lengua Portilla, indicándole que para resolver su caso debía aportar una nueva valoración del estado del solicitante, con miras a determinar si la discapacidad persiste o no.

Indicó que la presente acción de tutela es improcedente como quiera que no se cumplen los requisitos establecidos por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional para estos casos.

Refirió que el derecho fundamental de petición es un derecho que como núcleo esencial se circunscribe a la formulación de la petición, la pronta resolución, una respuesta de fondo y la notificación al peticionario.

² Folio 49 - 53 c.ú.

Anexó copia del correo electrónico enviado el 1 de noviembre de 2017 al doctor Nicolás Lengua solicitando nueva valoración al actor con el fin de determinar si la discapacidad de aquél persiste.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES.- Los requisitos indispensables para la válida conformación de la relación jurídica procesal deben ser motivo de estudio antes de centrarse en el fondo del presente asunto litigioso.

Respecto de la competencia no existe reparo alguno, toda vez que este Despacho es competente para resolver sobre protección constitucional solicitada, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y el párrafo 2° del numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, considerando que la entidad accionada, es una entidad territorial de derecho público con personería jurídica y autonomía presupuestal siendo esta la razón por la cual somos competentes para conocer de este asunto.

La capacidad para ser parte, para obrar procesalmente, se manifiestan ostensiblemente en el caso de autos, tanto en el actor quien se encuentra facultado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, y como se indicará en líneas siguiente si la agencia oficiosa cumple con los requisitos legales, así como por la accionada quien es una entidad de derecho público, con personería jurídica quien puede comparecer al proceso.

Con relación a la solicitud, se atempera a los requisitos legales.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DEL AGENTE OFICIOSO

De Conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede interponerse directamente por el afectado, a través de apoderado, o en nombre de otra persona – agencia oficiosa – siempre y cuando el titular del derecho no esté en condiciones de presentar por sí mismo la acción.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema de la legitimación en la causa por activa del agente oficioso, al respecto en sentencia T - 20 de enero 11 de 2013, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, señaló:

“De lo anterior, se desprende que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que encontramos las

siguientes: a) cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial; b) cuando el que interpone la tutela es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc.; c) cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y cuando se realiza a través de agente oficioso.

Cuando la acción de tutela es interpuesta por intermedio de agente oficioso, la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes elementos normativos: (i) el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancia físicas o mentales; (iii) la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso.

Los dos primeros elementos, es decir la manifestación del agente y la imposibilidad del agenciado para actuar son constitutivos y necesarios para que opere esta figura. El tercer elemento es de carácter interpretativo y el cuarto que versa sobre la ratificación, se refiere cuando el agenciado ha realizado actos positivos e inequívocos, esta actitud permite sustituir al agente.

Así pues cuando se incoe la acción de tutela a nombre de otra persona aduciendo actuar en calidad de agente oficioso habrá de cumplirse con los requisitos constitutivos y necesarios establecidos en la línea jurisprudencial traída a colación, esto es, manifestar que se actúa en tal calidad y que de la demanda de tutela se colija que el accionante está en incapacidad de ejercer la acción constitucional.

En el presente caso tenemos que en la demanda de tutela el señor Nicolás Alcides Lengua Portilla adujo que actuaba como agente oficioso del señor Aldemar Mera Guerrero y de la historia clínica del accionante se colige que aquél sufre de hipoacusia profunda desde la infancia y tiene lenguaje escaso³, por tanto se concluye que se encuentra imposibilitado para interponer la acción de tutela por sí mismo.

Así las cosas y al cumplirse en el sublite con los requisitos que permiten agenciar los derechos de otra persona se tiene que la parte actora está facultada para actuar por pasiva, en virtud de lo cual se analizará de fondo el asunto objeto de debate.

4.2. NORMAS LEGALES APLICABLES.- El derecho a la igualdad se encuentra

³ Fl. 20 c. ú.

consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, el de petición se encuentra consagrado como derecho fundamental en el artículo 23 ibídem, el derecho a una remuneración mínima vital y móvil se estableció en el artículo 53 de la Carta magna y el derecho a la seguridad social se consagró como derecho fundamental en el artículo 48 ibídem.

4.3. EL PROBLEMA PLANTEADO. De acuerdo con los hechos fundamento de la solicitud de tutela corresponde a este despacho dar respuesta al interrogante, a saber:

¿Se probó la vulneración del derecho fundamental de petición, igualdad, seguridad social, mínimo vital, dignidad humana y a la vida del señor Aldemar Mera Guerrero por parte de la entidad accionada al no dar respuesta oportuna a la petición presentada el 4 de mayo de 2016, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de la sustitución pensional ante fallecimiento de su madre Flor de María Guerrero ocurrido el 10 de junio de 2003?

4.4. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL.-

DERECHO DE PETICIÓN.- La Corte Constitucional en diversas providencias ha reiterado que el derecho de petición comprende por parte de la administración la obligación de resolver las peticiones que se le incoen de manera oportuna, completa y de fondo, y no limitarse a una simple respuesta formal.

En la sentencia T-047 del 04 de febrero de 2013 con ponencia del Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, la Corte Constitucional se pronunció nuevamente sobre el derecho de petición y reiterando jurisprudencia indicó:

“En este sentido, la Sentencia T-377 de 2000 analizó el derecho de petición y estableció 9 características del mismo:

*“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión. b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido. c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. **Debe resolverse de fondo**, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita. e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen*

autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine. f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente. g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6° del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes. h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición. i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta” (negrita fuera del texto).

De lo anterior se colige que la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha ocupado de fijar el sentido y alcance del derecho de petición. Como consecuencia de ello, ha reiterado que las peticiones respetuosas presentadas ante las autoridades o ante particulares, deben ser resueltas de manera oportuna, completa y de fondo, y no limitarse a una simple respuesta formal (...).”

Con base en los fundamentos jurisprudenciales expuestos por la Máxima Corporación de lo Constitucional, se puede concluir que se vulnera el derecho de petición cuando: i) no se otorga una respuesta a la petición incoada, y ii) Cuando la respuesta entregada no resuelve de fondo lo solicitado, aclarando que dicha respuesta no debe ser necesariamente positiva a las pretensiones, la cual por demás debe ser comunicada al peticionario.

DERECHO A LA IGUALDAD.- La Corte Constitucional ha dicho que “*La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental*”⁴.

⁴ Sentencia C-818 del 13 de octubre de 2010, magistrado ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

La aludida Corporación en la sentencia C-250 del 28 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, frente al principio – derecho a la igualdad sostuvo:

“(...) De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional (...)”.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.- La Corte Constitucional ha reconocido la categoría de fundamental del derecho a la seguridad social. Frente a este tema en la sentencia T – 164 del 22 de marzo de 2013, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se indicó:

“(...) conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva “de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales (...)”.

Así mismo la aludida Corporación en la sentencia T-505 de 2011, con ponencia del Dr. Humberto Antonio Sierra Porto frente al tema del derecho a la seguridad social, dijo que éste protegía a: *“las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral”.*

DERECHO AL MÍNIMO VITAL.- Frente a este derecho la Corte Constitucional ha indicado que es *“el que tienen todas las personas a vivir bajo unas condiciones*

básicas o elementales que garanticen un mínimo de subsistencia digna (..)⁵, derecho que también ha indicado no puede ser evaluado desde un punto cuantitativo sino también cualitativo, es decir, su evaluación y aplicación no es general sino que se debe adecuar al caso en concreto, verificándose “*el nivel de vida*” de quien depreca su amparo, lo que constituyen para aquel sus necesidades básicas y sí su insatisfacción detenta contra el derecho a la dignidad humana (Consúltese la Sentencia T-581 A del 25 de julio de 2011 M.P: Mauricio González Cuervo).

En efecto, la Alta Corporación en materia constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues “*constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional*”⁶.

DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS.-

El máximo tribunal Constitucional en sentencia T – 675 del 9 de septiembre de 2011, magistrada ponente Doctora María Victoria Calle Correa, se pronunció sobre el derecho a la vida, en los siguientes términos:

“El Derecho a la vida, constituye, así lo ha delineado desde sus inicios esta Corporación, el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución como en la ley; con lo cual se convierte en la premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u obligaciones.

Pero así mismo la Corte Constitucional, en abundante jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana, reconocido en el artículo 1° de la Carta como principio fundamental e inspirador de nuestro Estado Social de Derecho.

En sentencia SU-062/99 este Tribunal, en lo pertinente, precisó que:

“Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La

⁵ Ver entre muchas, sentencias SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1735 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-054 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-552 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶ Sentencia T-184 de 2009.

dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano”.

Desarrollando los conceptos anteriores, la jurisprudencia constitucional en torno del derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad.

Así las cosas, la efectividad del derecho fundamental a la vida, sólo se entiende bajo condiciones de dignidad, lo que comporta algo más que el simple hecho de existir, porque implica unos mínimos vitales, inherentes a la condición del ser humano...”.

DEL DERECHO A LA SALUD.-

En la sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, la Corte Constitucional analizó las distintas posiciones jurisprudenciales desarrolladas para la protección del derecho a la salud, entre ellas la conexidad, y planteó que ésta ya no debía utilizarse porque el derecho a la salud es de aplicación autónoma, con fundamento en la existencia de unas normas específicas que lo desarrollan, y por tanto, se hace exigible como fundamental desde una perspectiva prestacional.

La anterior posición ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Máxima Corporación Constitucional, quedando consolidado el derecho a la salud como un derecho fundamental y autónomo. En virtud de dicha categorización, la vulneración del derecho a la salud puede prevenirse o resarcirse mediante la acción constitucional de tutela, sin exigirse como requisito para invocarlo, el hecho de que se encuentre en grave peligro algún otro derecho fundamental como la vida.

El derecho a la salud ha sido definido como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*⁷.

El derecho a la salud, a una atención óptima y al sostenimiento o recuperación del estado de salud, otorgan al paciente la facultad de exigir al Estado o a las empresas promotoras de salud tanto del régimen contributivo como subsidiado: **a).**

⁷ Ver entre otras la Sentencia T-020 del 2013 con ponencia del Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA y sentencia T-131 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

La prescripción y práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente; **b)**. La calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso; y **c)**. La prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.

La Ley 1751 de febrero 16 de 2015 "*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*", que frente a este derecho consignó que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, dándose igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado, determinando ésta como sujetos pasivos de la misma a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud.

5. DESARROLLO DEL PROBLEMA.-

5.1. ANÁLISIS PROBATORIO.- De acuerdo con las pruebas aportadas, tenemos por cierto que:

El accionante es hijo de la señora Flor de María Guerrero, según el registro civil allegado. (FI 16).

Que a través de Resolución N° 216 del 22 de noviembre de 1989 (FI 29) se reconoció el pago de una pensión de jubilación en favor de la señora Flor de María Guerrero con fundamento en lo dispuesto por la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2767 de 1945.

Según registro civil de defunción que obra a folio 15 del plenario, la señora Flor de María Guerrero falleció el día 10 de junio de 2003.

Con la copia de la historia clínica del accionante que obra a folios 18 al 20 y 27 del C.ú. quedó acreditado que el accionante sufre de hipoacusia profunda desde la infancia y lenguaje escaso.

Con la certificación que obra a folio 17 del plenario quedó acreditado que el accionante fue valorado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 18 de septiembre de 2003 quien le determinó como pérdida de la capacidad laboral en el componente deficiencia un 70%, en los componentes de discapacidad y minusvalía no hay porcentaje; fecha de estructuración el 27 de octubre de 1978; causa: origen común; enfermedad: hipoacusia neurosensorial severa o profunda, no obstante, desconoce el Despacho si dicho dictamen quedó en firme.

Se cuenta con copia de declaración extraproceso donde la señora Rubiela Cardona Arias declaró el 12 de agosto de 2013 que conoció a la causante de la prestación aquí reclamada y que está tuvo dos hijos, uno el aquí accionante, quienes son enfermos mentales. (FI 28).

Según el acto de trámite contenido en el oficio N° 0080-025-206238 del 7 de abril de 2016 (FI 4) la entidad accionada requirió al abogado Nicolás Alcides Lengua Portilla, para que aportara una documentación requerida para dar respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de sustitución pensional radicada el día 2 de febrero de 2016 bajo el SADE 957613.

Existen copias de documentos suscritos por el aquí agente oficioso, en los cuales aduce actuar en calidad de apoderado del actor y a través de los cuales pide o complementa la petición, de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, sin sello de recibido por la entidad accionada. (FI 2- 13, 30). Solamente existe sello de recibido el 25 de mayo de 2017 de un documento mediante el cual el apoderado del aquí accionante solicitó la aplicación de jurisprudencia referente a la excepción de prescripción de mesadas por persona discapacitada o invalido.

Obra copia de mensaje enviado por correo electrónico al aquí agente oficioso donde se le solicita nueva valoración del accionante con el fin de atender petición de sustitución pensional elevada el 4 de mayo de 2010, radicada bajo el SADE 2538. (FI 63), sin embargo el correo al que fue remitido es diferente al indicado en el escrito de tutela.

5.2. CASO EN CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, el estudio de la presente acción se encaminará a determinar la vulneración de los derechos fundamentales de petición, igualdad, seguridad social, mínimo vital, vida en condiciones dignas y derecho a la salud del actor por la no respuesta oportuna y de fondo frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la sustitución pensional deprecada.

Sea lo primero indicar que sí bien no se allegó en debida forma, esto es, con el sello de recibido respectivo, las peticiones formuladas por el actor en aras de que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes en calidad de hijo; también es cierto que de los documentos obrantes FI 4 y 64 del plenario, logra esta instancia concluir que al menos en dos oportunidades se han presentado tales, siendo estas el 4 de mayo de 2010 y 2 de febrero de 2016.

Teniendo en cuenta que el objeto de tales peticiones era el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, con miras a determinar el plazo con que contaba la accionada para resolverla debemos acudir a la norma especial que regula dicha materia, esto es, el artículo 1 de la ley 717 de 2001 el cual prevé que *“El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.”*

Así las cosas, tenemos acreditado que el actor solicitó en dos oportunidades: i) 4 de mayo de 2010 SADE 2538 y ii) el día 2 de febrero de 2016 SADE 957613 el reconocimiento de pensión de sobreviviente, mismas que no han sido resueltas de fondo habiéndosele requerido al actor con posterioridad al vencimiento del término otorgado por la aludida Ley 717 de 2001 para que allegara documentación; así la primera petición se le requirió pasados 7 años, 5 meses y 26 días⁸, y el cual por demás cabe indicar no se notificó en debida forma pues fue enviado al correo electrónico lenguasnicolas@gmail.com y el correo electrónico del agente oficioso del accionante corresponde realmente a lenguanicolas@gmail.com; frente a la

⁸ El 1 de noviembre de 2017 – ya con el trámite de la presente tutela incoado. (FI 63 C.ú).

segunda petición el requerimiento se hizo cuando ya habían transcurrido 2 meses y 4 días⁹.

El Despacho desconoce si el requerimiento en mención ha sido atendido o no por el actor; sin embargo, lo cierto es que desde el momento en que elevó la primera de las peticiones, 4 de mayo de 2010, ya debía haber sido resuelta de fondo y como tal es viable el amparo reclamado.

Ahora bien, es evidente que lo pretendido con la presente acción va más allá del solo amparo al derecho de petición, pues la presente acción constitucional se contrae al reconocimiento y pago de la sustitución pensional deprecada en esta instancia judicial, sin embargo, advierte esta juzgadora que en sub lite no se cumplen los presupuestos jurisprudenciales exigidos para tal fin. Veamos.

No se desconoce en esta instancia judicial que excepcionalmente por vía de tutela, es posible ordenar el reconocimiento y pago de derechos pensionales, tal y como se extrae de la siguiente cita jurisprudencial¹⁰:

“Tratándose de la pensión de sobrevivientes la jurisprudencia constitucional ha construido un conjunto de sub-reglas que determinan la procedencia de la acción de tutela: (i) su falta de reconocimiento y pago ha generado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, en particular de su derecho al mínimo vital; (ii) se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos; y (iii) aparece acreditado –siquiera sumariamente– las razones por las cuales el medio de defensa judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata e integral de los derechos fundamentales presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio irremediable. En todo caso, cuando el amparo se solicita por un sujeto de especial protección constitucional (persona de la tercera edad, madre o padre cabeza de familia, persona en situación de discapacidad), el juicio de procedencia de la acción de tutela debe hacerse menos riguroso (...)

Los únicos documentos que se pueden exigir para reconocer una pensión de sobrevivientes cuando el beneficiario del causante es un hijo en situación de discapacidad, son aquellos que sean idóneos y necesarios para: (i) acreditar la relación filial; (ii) probar que el hijo se encuentra en situación de invalidez y que la misma hubiese generado pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%; (iii) demostrar la dependencia económica frente al causante.”

⁹ Según el oficio obrante a folio 4 del C.ú.

¹⁰ Sentencia T-281 de 2016.

Acorde con lo anterior y teniendo en cuenta que se pretende el reconocimiento y pago de un derecho pensional, el Despacho debe verificar la concurrencia de los requisitos antes señalados a fin de precisar si procede o no el amparo en los términos pretendidos.

Con relación al primero de los requisitos exigidos, esto es, que la falta de reconocimiento y pago haya generado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante en particular de su derecho al mínimo vital, debe indicar el Despacho que si bien en la demanda el accionante afirmó que no tenía sustento económico y dependía en tal sentido de su madre, es igualmente cierto que según copia de la historia clínica que obra a folio 20 del plenario, el accionante trabaja en oficios varios, situación que contradice lo afirmado por el actor, por tanto, concluye esta agencia judicial que en el plenario no está acreditado la dependencia económica del solicitante respecto del causante y la afectación a su derecho fundamental al mínimo vital; aunado lo anterior debe tenerse en cuenta que la fecha de muerte de la causante fue en el año 2003 y la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente es del año 2016, esto es, se incoó aproximadamente 13 años después de fallecida la causante, circunstancia que va en contravía del principio de inmediatez y que impide a este Despacho tener por cierto la afectación al mínimo vital.

Frente al segundo requisito, esto es, que se haya desplegado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, tenemos que en efecto el accionante ha realizado cierta actividad administrativa como quiera que ha presentado dos solicitudes tendientes a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente irrogada, sin embargo, no ha realizado ninguna actividad judicial pues el demandante cuenta con el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho para demandar el acto ficto presunto negativo surgido ante la no respuesta a las peticiones radicadas el 4 de mayo de 2010 y el 2 de febrero de 2016, actuaciones que pese a estar representado en el trámite administrativo por un abogado, no lo ha adelantado, por tanto considera el Despacho que este requisito tampoco se encuentra acreditado en legal forma.

Frente al tercer requisito, esto es, que se encuentre acreditado siquiera sumariamente las razones por las cuales el medio de defensa judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata e integral de los derechos

presuntamente vulnerados o en su defecto se está en presencia de un perjuicio irremediable, debe resaltar esta Agencia Judicial que en el escrito de tutela no se indicó nada en ese sentido y no existe en el plenario forma de constatar que el mecanismo judicial ordinario sea ineficaz, máxime si se tiene en cuenta que la Ley 1437 de 2011 consagró en su artículo 229 y siguientes la posibilidad de pedir medidas cautelares en aras de garantizar el pleno goce de los derechos.

Adicionalmente, no se expusieron en el plenario circunstancias fácticas excepcionales y/o especiales que hagan considerar urgente e indispensable la intervención del juez constitucional, aun ante la ausencia de los citados requisitos, con el fin de proteger derecho fundamental alguno en cabeza del accionante, como es caso del mínimo vital.

Ahora bien frente a los requisitos exigidos para que el hijo inválido tenga derecho a la pensión de sobreviviente tenemos lo siguiente:

Frente al requisito del parentesco del hijo inválido con el causante, está plenamente acreditado pues con el registro civil de nacimiento que obra a folio 16 del expediente se evidencia que el accionante es hijo de la señora Flor de María Guerrero, no obstante, según declaración extrajuicio que obra a folio 28 del plenario la causante tiene otro hijo el cual también tendría igual o mejor derecho que el aquí accionante pues según tal declaración tiene problemas mentales, desconociendo así si el aquí actor es en la actualidad el único con derecho.

Con relación al segundo requisito, esto es, que se demuestre el estado de invalidez del solicitante, debe indicar el Despacho que a folio 17 del plenario obra copia simple de la certificación suscrita por el Secretario de la Junta Regional de Calificación de Invalidez en la cual se establece que el día 18 de septiembre de 2003 la junta dictaminó al señor Aldemar Mera Guerrero con una pérdida de capacidad laboral en el componente de deficiencia del 70%, sin embargo, en dicha certificación no se establece si la deficiencia es temporal o permanente ni se puede evidenciar cuál es el grado de discapacidad o minusvalía y en definitiva cual es el porcentaje real de pérdida laboral, téngase en cuenta que el Decreto 917 de 1999, Manual Único de Calificación de Invalidez, normatividad que fue base en la calificación en mención, establecía en su artículo 8 que la calificación de invalidez era integral y para determinar la pérdida de capacidad laboral se tomaba la sumatoria de los 3 componentes, cada uno con un porcentaje así:

deficiencia 50%; discapacidad del 20% y Minusvalía el 30%, o que arrojaba un 100%; aplicada dicha norma y teniendo en cuenta que solo se certificó el porcentaje por deficiencia, tomando el porcentaje referido en el artículo en mención – 50% - y al extraerlo del porcentaje que se dio por deficiencia se concluiría que tendría una pérdida de la capacidad laboral de solo el 35%; porcentaje que no lo acredita, según el artículo 47 en concordancia del artículo 38 de la Ley 100 de 1993 para gozar del derecho reclamado, norma que exige para ser considerada inválida una pérdida de la capacidad laboral del 50% como mínimo.

Finalmente y en relación al último requisito – que se demuestre la dependencia económica del solicitante respecto de la causante – tal y como se indicó en párrafos anteriores en el plenario quedó acreditado que el accionante trabaja en oficios varios; además para el Despacho no es claro de cómo subsistió el accionante desde el momento de la muerte de su madre hasta la fecha en que solicitó el reconocimiento y pago de la prestación, pues desde una fecha y otra transcurrieron aproximadamente 13 años, circunstancias que impiden al Despacho tener por cierto que el aquí accionante dependía económicamente de la causante.

En conclusión, esta juzgadora no cuenta elementos de juicio suficientes para acceder a lo pretendido en cuanto al reconocimiento por esta vía de la pensión de sobrevivientes, pues de la actividad probatoria desplegada por el agente oficioso de la parte accionante, ninguna circunstancia excepcional se advierte por parte del señor Aldemar Mera Guerrero que haga viable el amparo en los términos solicitados.

Así las cosas, el Despacho solo amparará el derecho fundamental de petición del accionante, de conformidad con las consideraciones y en los términos aquí expuestos, recordando que lo que se ordena es que se dé respuesta de fondo a las solicitudes incoadas, independientemente de cual sea la decisión que tome la accionada.

En mérito de todo lo anteriormente expuesto, El Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR el derecho fundamental de petición del cual es titular el señor Aldemar Mera Guerrero, vulnerado por el Departamento del Valle del Cauca.

SEGUNDO.- ORDENAR al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** a través de su representante legal y/o quien haga sus veces, que en el término máximo de 48 horas, si aún no lo ha hecho, resuelva de fondo las solicitudes elevadas los días 4 de mayo de 2010 y 2 de febrero de 2016 por el accionante, señor Aldemar Mera Guerrero identificado con C.C N°. 16.627.803, mediante la cual se solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente, en calidad de hijo inválido de la pensionada fallecida Flor de María Guerrero.

Para el adecuado seguimiento al cumplimiento del presente fallo de tutela, la orden se extenderá hasta la obligación de la entidad accionada de informar a este Despacho Judicial, en el término de la distancia, sobre el acatamiento a lo aquí dispuesto (artículo 27 del Decreto 2591 de 1991).

TERCERO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO.- ENVÍESE la presente actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si NO fuere impugnada, tal como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ZULAY CAMACHO CALERO
JUEZ