

República De Colombia
Rama Judicial Del Poder
Público



JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA (CUND.)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA.
ACCIONANTE: MARIA MARLEN MENDEZ
ACCIONADA: OPERACIONES NACIONALES DE MERCADEO
Radicación No. 2021 – 00328

Mosquera (Cund.), diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO A DECIDIR

Surtido el trámite que le es propio, procede el Despacho a proferir fallo dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de la referencia.

IDENTIFICACIÓN DEL ACCIONANTE:

Recurre al trámite de la acción constitucional de manera personal la señora **MARÍA MARLÉN MÉNDEZ JIMÉNEZ**.

IDENTIFICACIÓN DE LA ACCIONADA:

La acción es instaurada en contra de la empresa **OPERACIONES NACIONALES DE MERCADO**.

DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE TRASGREDIDOS AMENAZADOS:

Busca la accionante se le amparen los derechos fundamentales de petición, a la salud y vida en condiciones dignas a su juicio vulnerados por la entidad accionada.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL:

Para fundamentar el amparo, se citan los hechos que a continuación se compendian:

Manifiesta la accionante que se encuentra vinculada a la empresa **OPERACIONES NACIONALES DE MERCADEO** mediante contrato de trabajo a término Indefinido desde el 23 de agosto de 2012.

Que padece de una lumbalgia sacróilitis y síndrome facetario L5-S1 por cambios artrósicos degenerativos siendo esta patología de origen común razón por la que se encuentra incapacitada desde el 14 de mayo de 2020 a la fecha de presentación de la tutela, superando así los 180 días.

Indica que FAMISANAR E.P.S reconoció el pago de las incapacidades hasta el día 180, siendo el Fondo de Pensiones COLPENSIONES S.A., la entidad encargada de reconocer los pagos, hasta el día 540; que el recobro de las incapacidades es un trámite de

competencia de la empresa OPERACIONES NACIONALES DE MERCADEO LTDA., quienes de manera arbitraria e ilegal la han obligado a realizar dicho trámite sin importar su condición física y la dificultad que representa su desplazamiento a la ciudad de Bogotá, además, es deber de la empresa cancelarle sin interrupciones ni suspensiones el valor de la nómina, más aún cuando COLPENSIONES S.A. ha efectuado el pago de manera cumplida.

Narra que el 14 de enero de 2021^a través de correo electrónico remitió derecho de petición, a la empresa OPERACIONES NACIONALES DE MERCADEO LTDA. Solicitando *"se realice de manera inmediata el pago de las incapacidades que se le han dejado de cancelar desde la primera quincena del mes de septiembre de 2020, hasta la fecha, las cuales están sido reconocidas por COLPENSIONES S.A. a través de las Resoluciones adjuntas a esta petición, en virtud del cumplimiento del fallo de tutela del pasado 24 de noviembre de 2020, con el respectivo incidente de desacato presentado"*

Lo anterior fundamentado en que de acuerdo a la información suministrada el día de hoy por COLPENSIONES S.A., el dinero reconocido por las incapacidades del 26 de marzo hasta el 6 de diciembre de 2020 fue abonado a la cuenta por Ustedes indicada. Adicionalmente es importante que conozcan lo conceptuado por el Ministerio de Trabajo mediante radicado No. 08SE201912030000035310 – "Actuación del empleador cuando se conceden incapacidades superiores a 541 días (...)".

Es así como a la fecha de la presente acción de tutela y habiendo culminado el término legal establecido, no se ha recibido respuesta de fondo respecto de la precitada solicitud, con lo cual la empresa OPERACIONES NACIONALES DE MERCADEO LTDA se encuentra vulnerando injustificadamente sus derechos fundamentales.

PETICIÓN DE LA TUTELA

En concreto pretende la petente del juez constitucional que se ordene a la entidad accionada (i) dar respuesta de manera clara, completa y de fondo a la la petición enviada mediante correo electrónico de fecha 14 de enero de 2021 (ii) adelantar directamente ante COLPENSIONES S.A., el trámite de recobro de las incapacidades emitidas por la E.P.S; (iii) cancelar la totalidad de las incapacidades y (iv) realizar los pagos quincenales sin interrupciones ni excusas.

TRÁMITE PROCESAL Y CONTRADICTORIO

Mediante providencia de fecha 4 de marzo de 2021, se admitió la acción de tutela ordenándose la notificación a **OPERACIONES NACIONALES DE MERCADO y se vinculó a AFP COLPENSIONES S.A** para que rindiera informe sobre los hechos en que sustenta la misma y ejerciera su derecho de defensa.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA

La accionada **OPERACIONES NACIONALES DE MERCADO** a través de su representante legal **PAULA CAMILA CASTAÑEDA GONZALEZ**, manifiesta que efectivamente la actora radicó petición en sus instalaciones el 14 de enero de 2021, sin embargo, contrario a lo manifestado por ella, la empresa **dio respuesta de fondo y de manera oportuna al mismo.** (resalto texto original)

Que como quiera que la pretensión principal fue el pago inmediato desde la primera quincena de septiembre de 2020, el mismo se realizó el **22 de enero de 2021**, conforme se le notificó al correo electrónico y que coincide con el indicado en el escrito de tutela.

Así mismo, y pese a que ya se le había dado respuesta a la accionante se le envió nuevamente el soporte y adicionalmente, se le reiteró respuesta con relación al trámite de radicación de incapacidades ante la AFP, el cual únicamente les correspondía como compañía realizar ~~atesu~~ **EPS**, conforme lo estable el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012.

Aunado a lo anterior, la comunicación fue efectivamente recibida por la parte actora, en tanto que la misma fue remitida al correo electrónico marlenmendezj@hotmail.com como se puede observar en el pantallazo como a continuación se observa:

Respuesta a requerimiento **Marlen** Mendez - 14 enero de 2021



Santana Muñoz Andrea
Para [marlen](mailto:marlenmendezjimenez) mendez jimenez
CC Castaneda Gonzalez Paubla Camila



viernes 5/03

Trate este elemento como Confidencial.



Buenos tardes Sra. **Marlen**,

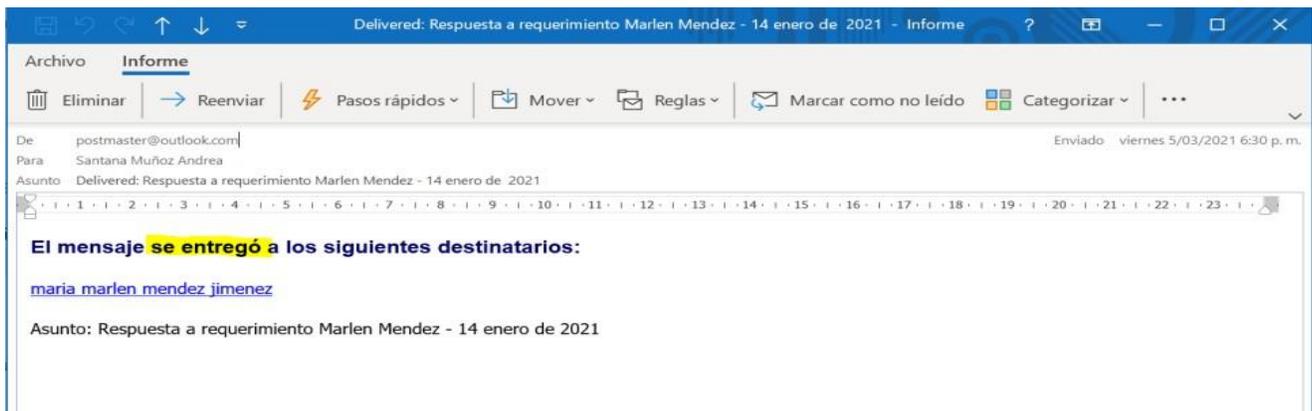
Reciba un cordial saludo y nuestros mejores deseos en el desarrollo de sus actividades. Por medio del presente me permito adjuntar respuesta al requerimiento presentados por usted.

Sin más sobre el particular,

Cordialmente,



Andrea Santana Muñoz
Coordinadora de Relaciones Laborales
andrea.santana@solistica.com



Señala que a más de enviarle soporte de pago el 22 de enero de 2021, ya se había dado respuesta a la petición relacionada con la presunta radicación de incapacidades a cargo de la compañía entre el día 181 y el día 540, por ende, se acogen a lo dispuesto en el Art. 19 de la ley 1755 de 2015, en el sentido que la accionante puede remitirse a respuestas anteriores, esto es la emitida el pasado 08 de octubre del 2020, en cuyo texto prescribe:

"...a la empresa no le asiste responsabilidad de efectuar el pago ni tampoco de adelantar el trámite del subsidio por incapacidad ante la Administradora de fondo de pensiones a la que usted se encuentra afiliada.

Es preciso indicar que, el pago de las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlos el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal como en efecto lo realizó en debida forma la compañía, dando cumplimiento a su obligación legal hasta el día 180 de incapacidad, según se evidencia en los comprobantes de nómina que se aportan al presente documento."

Refiere que a la accionante se le cumple el día 540 de subsidio por incapacidades antesu AFP el 15 de marzo de 2021, siendo ella quien debe poner interés para adelantar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional (Art. 142 del Decreto 019/12); por cuanto, no puede pretender que el pago de subsidio económico por concepto de incapacidades se convierta en una prestación de carácter vitalicio.

Por otra parte, y con relación al pago de incapacidades, este le corresponde a su

AFP, quién a la fecha lo ha efectuado hasta el 06 de diciembre de 2020, siendo responsabilidad de la administradora realizar el pago hasta el día 540 de incapacidad. Tal como lo ordenó en relación con este tema, el **ad quem** en fallo de tutela proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, el pasado veintitrés (23) de noviembre de dos mil veinte (2020) y en cuyo texto prescribe:

“Por lo anterior se ordenará a Colpensiones pagar las incapacidades expedidas por la EPS Famisanar, desde la fecha en que la accionante no ha recibido pago por incapacidades y las que se sigan causando en favor del accionante o hasta los 540 días de incapacidad como se dijo anteriormente, siempre y cuando las mismas sean expedidas por el médico tratante, o hasta que el trabajador se reintegre a su vida laboral”.

Por su parte la entidad **la VINCULADA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a través de su directora de la Dirección de Acciones Constitucionales señala que la solicitud elevada se encuentra encaminada a que se protejan los derechos fundamentales de la actora y se ordene a su empleador OPERACIONES NACIONALES DE MERCADEO LTDA responder el derecho de petición radicado el 14 de enero de 2021; solicitud esta que no puede ser atendida por esa administradora por no resultar de su competencia administrativa y funcional, correspondiendo únicamente dar respuesta a la accionada.

CONSIDERACIONES:

COMPETENCIA

Es competente este juzgado para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, en concordancia el artículo 37 inciso 1° del Decreto 2591 de 1991.

CUESTIÓN PRELIMINAR

Previo al análisis de fondo de la acción de tutela interpuesta, se estudiarán los requisitos de procedencia de la misma con relación a (i) la legitimación por activa y por pasiva, (iii) la subsidiariedad y (iv) el requisito de inmediatez, superados los cuales se formulará el respectivo problema jurídico.

Legitimación en la causa.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre.

En este caso la señora **MARÍA MARLÉN MÉNDEZ JIMÉNEZ** incoa acción de tutela actúa en nombre propio solicitando el amparo de sus derechos fundamentales de petición, a la salud y vida en condiciones dignas, existiendo legitimación por activa. Igualmente, legitimación por pasiva respecto de la entidad accionada por cuanto es la entidad contra la cual se reclama la protección de dichas garantías.

Inmediatez

El requisito de inmediatez *“exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos”.*

(...)el examen de la inmediatez no consiste únicamente en revisar el paso del

tiempo entre el hecho generador de la vulneración de un derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela. Existen casos en los que el Juez de tutela debe verificar “si existe un motivo válido, entendiéndolo como una justificación para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna, circunstancia justificativa que debe estar plenamente demostrada, y que debe responder a criterio de protección constitucional ...”¹

En el caso que se analiza, según se aduce, los hechos generadores del presente amparo se están presentando desde el mes de septiembre de 2020 a la fecha en que se interpuso a presente acción constitucional, luego por sobradas razones se cumple con el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad

Cómo quedó visto el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, siendo improcedente, según voces del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

Descendiendo al presente caso se advierte que la accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial, que sea idóneo y eficaz para la protección inmediata de sus derechos fundamentales invocados.

PROBLEMA JURÍDICO:

Corresponde ahora al Despacho determinar si la empresa **OPERACIONES NACIONALES DE MERCADO** ha vulnerado los derechos fundamentales de petición, a la salud y a la vida en condiciones dignas de **MARÍA MARLÉN MÉNDEZ JIMÉNEZ** por cuanto según esta afirma, no se le ha dado respuesta a solicitud que radicara el 14 de enero de 2021, ni se le han cancelado la totalidad de las incapacidades generadas por la E.PS pudiendo la accionada realizar el recobro ante la **AFP COLPENSIONES S.A.**

Para resolver el problema jurídico planteado, el despacho hará referencia a: (i) la naturaleza y procedibilidad de la acción de tutela contra particulares; (ii) el derecho de petición, (iii) de la carencia actual de objeto por hecho superado (iv) y, finalmente (v) se arribará al caso concreto.

DE LA NATURALEZA Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PARTICULARES.

La figura de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política fue instituida con el fin que las personas puedan reclamar ante el órgano judicial, en todo momento y en cualquier lugar, la protección inmediata de derechos fundamentales de rango constitucional, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando se consideren conculcados o amenazados por los hechos u omisiones en que incurra una autoridad pública o determinados particulares. Esta acción es de naturaleza residual, es decir que no siempre que una conducta transgreda o ponga en riesgo garantías fundamentales es factible acceder a la tutela pues requiérase, además, para lograr el restablecimiento o protección de estas, que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela contra particulares se encuentra limitada en forma taxativa por el inciso 5° del citado artículo 86 y allí enlista los específicos casos en los cuales procede: cuando las personas contra quienes se intenta estén encargadas de la prestación de un servicio público; o que su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o cuando respecto de ellas, el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-199/15

El anterior precepto constitucional tuvo su desarrollo en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, señalándose igualmente allí los eventos en que procede la acción de tutela contra particulares, de los cuales amerita analizarse en el caso concreto, el consagrado en el numeral 9°, vale decir “Cuando la solicitud sea para tutelar de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción...”.

Así las cosas, para el caso sí es procedente la acción en contra del particular, pues se está en presencia de un estado de subordinación toda vez que **MARÍA MARLÉN MÉNDEZ JIMÉNEZ**, se encuentra vinculada en la empresa accionada en el cargo de auxiliar de mantenimiento, como se advierte de la documental allegada (recibos de nómina y certificado de aportes al sistema de protección social).

DEL DERECHO DE PETICIÓN

El derecho de petición ha sido definido como la facultad de presentar solicitudes respetuosas a las entidades públicas y privadas y de obtener respuesta oportuna, clara, completa y de fondo al asunto solicitado; siendo la contestación plena aquella que asegure que el derecho de petición se ha respetado y que el particular ha obtenido la correspondiente respuesta, sin importar que la misma sea favorable o no a sus intereses.

En palabras de la Corte Constitucional el contenido esencial del derecho de petición comprende: *(i) la posibilidad efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo; (iii) una respuesta de fondo o contestación material, lo que implica una obligación de la autoridad a que entre en la materia propia de la solicitud, según el ámbito de su competencia, desarrollando de manera completa todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta) y excluyendo fórmulas evasivas o elusivas².*

DE LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO.

Como quedó visto el objetivo fundamental de la acción de tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de determinados particulares; es por ello que cuando se termina, suspende o desaparece la causa que ha dado origen a esa transgresión o amenaza, la tutela pierde su razón de ser, lo cual significa que la decisión del juez resulta inocua frente a la efectividad de esas garantías invocadas.

Este fenómeno ha sido estudiado por la jurisprudencia constitucional como carencia actual de objeto que *“tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío. Lo anterior se presenta, generalmente, a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado”*.³

Específicamente en cuanto a la *“carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera*

² Sentencia T-077 de 2018

³ Sentencia T. 487/17

⁴ Sentencia T 358 de 2014

orden alguna.”⁴

DEL CASO EN CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, se advierte del análisis del material probatorio que la empresa **OPERACIONES NACIONALES DE MERCADO** dentro del trámite de la presente acción constitucional allega constancia de la respuesta de fondo emitida al derecho de petición presentado por la accionante el 14 de enero de 2021, resolviendo cada uno de los ítems, siendo enviada la respuesta a la dirección de correo electrónico marlenmendezj@hotmail.com indicado tanto en escrito contentivo de petición como en el acápite de notificaciones del escrito tutelar, como consta en los documentos arrojados con la contestación, en especial el pantallazo del envío de la respuesta desde el correo de la entidad accionada el día 5 de marzo de la presente anualidad.

En efecto se advierte que la empresa **OPERACIONES NACIONALES DE MERCADO**, por conducto del representante legal, en el transcurso del presente trámite, el día 5 de marzo de 2021 remitió a la tutelante respuesta a través de la cual le hizo saber que:

(i). *“a la empresa no le asiste responsabilidad de efectuar el pago de incapacidades sino a su AFP, ni tampoco nos corresponde adelantar el trámite del subsidio por incapacidad ante la Administradora de fondo de pensiones a la que usted se encuentra afiliada. No obstante, y conforme se le dio respuesta el pasado 22 de enero de 2021, la empresa el 21 de enero de 2021 procedió a hacer el pago de sus incapacidades del periodo comprendido entre el 01 de septiembre hasta el 06 de diciembre de 2021, y se le notificó al correo del cual usted elevó su petición; (ii) En cuanto al trámite de radicación de incapacidades, nos permitimos recordarle, que el pago de las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlos el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012 **Tal como en efecto lo realizó en debida forma la compañía, dando cumplimiento a su obligación legal hasta el día 180 de incapacidad.** No obstante, no existe normatividad alguna que nos obligue como compañía a realizar el trámite de radicación ante la AFP, por cuanto, usted debe realizar el trámite directamente ante su AFP (iii) Aunado a lo anterior, nuevamente se le recuerda que es pertinente que usted solicite a la mayor brevedad posible, el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, aportando la documentación necesaria. Toda vez que, el subsidio económico por incapacidades no se puede convertir en una prestación vitalicia”*

En esas condiciones se encuentra que las inquietudes planteadas por la señora **MARÍA MARLÉN MÉNDEZ JIMÉNEZ**, fueron resueltas de fondo, de manera clara, precisa y congruente, dándosele a conocer vía correo electrónico.

En lo atinente a la aspiración de la actora en cuanto a que se ordene a **OPERACIONES NACIONALES DE MERCADO**: (i) el trámite de recobro de las incapacidades emitidas por la E.P.S; (ii) cancelar la totalidad de las incapacidades; y (iii) realizar los pagos quincenales; se denegara la tutela como quiera esta empresa no está legitimada para atender dichos pedimentos, máxime cuando sobre ello en sentencia proferida por el 23 de noviembre de 2020 se pronunció el H. Tribunal Superior de Cundinamarca- Sala laboral resolviendo **“REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Funza, mediante sentencia de 16 de octubre de 2020 dentro de la acción de tutela promovida por **MARÍA MARLEN MENDEZ JIMENEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, FAMISANAR EPS y OPERACIONES NACIONALES DE MERCADEO LTDA.** 2. TUTELAR a la Administradora de Pensiones Colpensiones para que dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, pagar a favor de la accionante las incapacidades expedidas por la EPS a partir de la fecha en que la aquí accionante no haya recibido pago alguno por dicho concepto y las que se generen hacia el futuro, o hasta cumplir los 540 días de incapacidad, momento a partir del cual será la EPS Famisanar la que deberá asumir el pago de las mismas, siempre y cuando tales incapacidades sean expedidas por el médico tratante, o hasta que la trabajadora se reintegre a su vida laboral”**; siendo en consecuencia un asunto que al tenor de lo dispuesto en el art. 53 del decreto 2591 de 1991, debe ventilarse, a través de un

incidente de desacato en contra de la Administradora de Pensiones Colpensiones o la EPS Famisanar, según sea el caso.

Como corolario de lo anterior, se ordenará desvincular de la presente acción a la **AFP COLPENSIONES S.A.**

Y como evidenciado se encuentra que a la fecha de la emisión del presente fallo se satisfizo la aspiración de la accionante en cuanto al derecho fundamental de petición; se denegará en este sentido la tutela por carencia actual de objeto por hecho superado..

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA CUNDINAMARCA**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR la tutela interpuesta por la ciudadana **MARÍA MARLÉN MÉNDEZ JIMÉNEZ**, en lo atinente al derecho fundamental de petición por **CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO.**

SEGUNDO: NEGAR el amparo deprecado en cuanto a que se ordene a la empresa **OPERACIONES NACIONALES DE MERCADO:** (i) el trámite de recobro de las incapacidades emitidas por la E.P.S; (ii) cancelar la totalidad de las incapacidades; y (iii) realizar los pagos quincenales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DESVINCULAR A LA AFP COLPENSIONES S.A.S.

CUARTO: ORDENAR la notificación de esta decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz, de acuerdo con lo preceptuado por el Art. 16 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Si no fuere impugnada esta providencia, **REMITIR** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual REVISIÓN.

**NOTIFÍQUESE
LA JUEZ,**



**ADRIANA CONSUELO FORERO LEAL
JUEZ**