



**Barranquilla, septiembre primero (01) del año dos mil veintiuno (2021).**

<b>RADICACIÓN No.</b>	<b>08-001-41-05-005-2021-00233-01</b>
<b>ACCIONANTE:</b>	<b>ROCIO MABEL BARCENAS PALACIO.</b>
<b>ACCIONADO:</b>	<b>COOMEVA EPS.</b>
<b>VINCULADOS:</b>	<b>RICARDO DAGUER DIAZ Y ADRES.</b>
<b>PROCESO:</b>	<b>ACCION DE TUTELA.</b>
<b>DERECHO FUNDAMENTAL:</b>	<b>VIDA – SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.</b>

### ASUNTO

Procede el Despacho dentro del término legal, a decidir la acción de tutela propuesta en nombre propio por la señora **ROCIO MABEL BARCENAS PALACIO** contra **COOMEVA EPS** en aras de estudiar la posible transgresión de sus derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social.

### CAUSA FÁCTICA

La actora funda la presente acción de tutela, en las siguientes premisas:

- Sufre de obesidad mórbida hace aproximadamente 10 años con enfermedades asociadas, tales como: diabetes mellitus, hipertensión arterial, apnea del sueño, entre otros.
- Intentó bajar de peso con caminatas, planes nutricionales, tomando sibutramina, fruta planta, orlistat fruta planta, sin éxito y con efector YO-YO.
- Es una estudiante de 23 años de edad, que nunca ha podido tener una relación sentimental porque su obesidad la tiene acomplejada.
- Ha sufrido y sufre de bullying desde el colegio, siendo objeto de miradas en la universidad que la hacen sentir mal.
- No tiene vida social, sentimental, ni familiar.
- Asistió en distintas fechas con médicos especialistas, tales como: psicólogo, internista, nutricionista y cirujano bariátrico, buscando ayuda profesional para mejorar su calidad de vida y evitar perder la vida.
- Interpuso derecho de petición ante la accionada el día 24 de junio del año 2021, vía correo, en el que solicitó la expedición en la mayor brevedad posible de orden de CIRUGÍA BARIATRICA, solicitada por su médico tratante Doctor RICARDO DAGUER (cirujano bariátrico), para control de peso, ante el riesgo de deterioro metabólico, cardiovascular y respiratorio.
- Asistió en diferentes fechas a consultas con el internista, Dr. GEOVANY YUNG, quien le diagnosticó: paciente con super obesidad grado III, con cifras de hiperglicemia ocasional, distensión abdominal ocasional con síntomas de colon irritable, hipertensión arterial controlada, más un síndrome metabólico con obesidad grado 2 y síndrome de intestino irritable que conllevaría a problemas cardiovasculares. Solicitó estudios complementarios para diagnosticar síndrome de apnea del sueño y la necesidad posterior de oxígeno suplementario. Dentro del plan de manejo, solicitó cirugía bariátrica para mejorar su calidad de vida y enfermedades coloridas y así no seguir en riesgo.
- Asistió en diferentes fechas a consulta con la Dra. IVON BERBESI (nutricionista), quien después de tantos planes alimenticios y ejercicios diagnóstico lo siguiente: Paciente de sexo “*masculino*”<sup>1</sup> de 23 años de edad, sufre de migraña, hipercolesterolemia, con obesidad Grado II mórbida, cual presenta riesgo cardiovascular alto, asociado al perímetro abdominal, (grasa visceral); sugiriendo

<sup>1</sup> Sic



hacer evaluación por médico especialista, cirugía bariátrica para mejorar su calidad de vida y evitar seguir en riesgo cardiovascular alto, que la lleve a perder su vida.

- Asistió en diferentes fechas a consulta con la Dra. MELKA PATRICIA RODRIGUEZ (psicóloga) quien diagnosticó y solicitó plan de manejo terapéutico, dando recomendaciones generales, recomendándole al paciente, continuar con los y cada uno de los problemas que lo aquejan y así supervisar el mantenimiento de las mejorías y detección temprana de recaídas para que esta llegue a tener un equilibrio físico, emocional, mental y así poder mejorar su calidad de vida, entre muchas otras recomendaciones.
- El día 26 de junio del año 2021, recibió por correo electrónico, respuesta del derecho de petición interpuesto con caso 5197104.
- La actora envió todo lo que le solicitaron y el día 28 de junio de la presente anualidad, le enviaron la misma respuesta dada.

### **RESPUESTA DE LA ACCIONADA COOMEVA EPS**

Al momento de rendir el informe solicitado por el Juez de primera instancia, manifiesta que se trata de una usuaria de sexo femenino, de 23 años de edad, actualmente en estado activo en calidad de beneficiaria, que padece: obesidad, hta, diabetes, apnea de sueño y solicita: cirugía bariátrica por laparoscopia y evaluación por comité de especialistas.

Indica la pasiva que la obesidad mórbida u obesidad extrema o de clase III, consiste en una enfermedad de tipo crónico que aparece en el momento en el que existe un exceso de tejido adiposo, es decir, grasa en el cuerpo; se trata de una enfermedad metabólica de tipo crónico con más prevalencia en los países desarrollados, y está asociada a una gran cantidad de enfermedades tales como la hipertensión, la diabetes, estando caracterizada por el aumento progresivo de la masa corporal hasta alcanzar un punto en el que este aumento supone un riesgo para la salud del paciente, y al día de hoy, supone uno de los problemas más importantes de salud pública en el mundo y pone en riesgo la vida de la actora, si no es tratada de manera profesional por grupo interdisciplinario, especializado en obesidad mórbida.

Sostiene que el procedimiento solicitado, no se encuentra contenido en la Resolución 3512 de 2019, la cual enmarca el plan básico de salud nacional, por tanto, se considera NO PBS, no obstante, afirma haber dado respuesta a la petición impetrada por la doctora Cristina Pacheco, mediante correo electrónico [info@devitech.com.co](mailto:info@devitech.com.co) aclarándole que no es posible brindarle la información solicitada, al no contar con poder autenticado o con el lleno de los requisitos estatuidos en el Decreto 806 del año 2020.

Resalta el profesional del derecho, que igual situación acontece con el poder anexo a la presente acción de tutela, saltando a la vista, la falta de legitimación en la causa por activa.

Aduce que la parte actora cuenta con otros mecanismos de defensa judicial y que ello hace improcedente la presente acción de tutela, al versar sobre derechos inciertos y discutibles, por lo que solicita se declare improcedente y se condene en costas al accionante por actuar temerariamente.

### **RESPUESTA DE LA VINCULADA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**

Sostiene la vinculada, que de acuerdo con la normatividad vigente, la prestación del servicio de salud, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, quien tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a



derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a dicha Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sin perjuicio de lo anterior, resalta la vinculada, que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

Así las cosas, a partir de la promulgación del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos. Por lo anterior, la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios y de forma periódica, de la misma forma cómo funciona el giro de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Lo anterior significa que la ADRES ya GIRÓ a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS suministre los servicios “no incluidos” en los recursos de la UPC y así, suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos para asegurar la disponibilidad de éstos cuyo propósito es garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

En ese sentido, señala que el Juez de alzada, debe abstenerse de pronunciarse sobre el reembolso de los gastos que se incurra en cumplimiento de la tutela de la referencia, ya que la normatividad vigente acabó con dicha facultad y al revivirla vía tutela, generaría un doble desembolso a las EPS por el mismo concepto, ocasionando no solo un desfinanciamiento al sistema de salud sino también un fraude a la ley.

### DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La falladora de primer grado resolvió no tutelar los derechos fundamentales de petición, salud, vida y seguridad social de la actora dentro de la presente acción de tutela, amparando su derecho al diagnóstico, ordenándole a la representante legal de **COOMEVA EPS** o quien haga sus veces, que un plazo no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación de la sentencia, programase una valoración médica interdisciplinaria de la accionante en un término máximo de 8 días, para determinar si la cirugía bariátrica es el tratamiento indicado para la obesidad que padece la accionante, debiendo analizar lo consignado en el historial clínico con el que cuente la actora, y en caso afirmativo, realicen el trámite ante el MIPRES para su autorización y materialización.

Así mismo, exhortó a COOMEVA EPS para que dentro del término legal, atendiese de fondo la solicitud con radicación 5197104.

La decisión adoptada, obedeció a que revisado el material probatorio allegado al plenario, ninguno de los medios probatorios permitió acreditar que la EPS conociese la historia clínica de la accionante, sin descartar la opinión del médico tratante particular, ni la valoración



inadecuada de la accionante por parte de los profesionales adscritos a la EPS, o la falta de valoración de éstos, que son las reglas para avalar el concepto médico particular, señaladas en la sentencia T-508 de 2019.

Coligió la A-quo que por tanto, no es dable colegir una omisión de los deberes en la garantía del servicio de salud que le asiste a la accionada, no siendo viable que el Despacho acceda a la solicitud de ordenar los procedimientos quirúrgicos requeridos en esta acción, en amparo del derecho a la salud.

### **IMPUGNACIÓN**

La decisión de primera instancia fue impugnada y concedida por la A-quo para se surta la alzada ante esta instancia judicial.

### **PRUEBAS**

Las allegadas con la acción de tutela y los informes rendidos.

### **CONSIDERACIONES**

#### ***PROBLEMA JURÍDICO.***

¿Resulta acertada la decisión adoptada por la A-quo en el caso de marras o se debe declarar improcedente la presente acción de tutela por falta de legitimación en la causa por activa?

#### ***NATURALEZA DE LA ACCION DE TUTELA.***

La Constitución Nacional no solo consagró en forma expresa un conjunto de derechos considerados fundamentales, sino que, además, instituyó un mecanismo especial para proteger jurídicamente tales derechos. Dicho mecanismo es el de la ACCIÓN DE TUTELA.

El artículo 86 de la Carta Magna establece la tutela como un instrumento jurídico de protección general a disposición de toda persona contra la violación o amenaza de sus derechos fundamentales, mediante las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública.

Por eso, la medida no está condicionada más que a la naturaleza del derecho cuyo amparo se persigue y a la posibilidad de que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el competente, y en todo caso lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

#### **ACCIÓN DE TUTELA Y CIRUGÍAS PLÁSTICAS RECONSTRUCTIVAS CON FINES FUNCIONALES. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL**

Como se mencionó anteriormente, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que puede ser amparado a través de la tutela. Este carácter fundamental es reiterado por la Ley 1751 de 2015, ley estatutaria en salud<sup>2</sup> y ha sido reconocido así por la

---

<sup>2</sup> Artículo 2º de la Ley 1751 de 2015 que establece que: "El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. 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. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la



jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. Sin embargo, que el derecho a la salud sea un derecho fundamental no implica que sea un derecho absoluto, pues admite límites de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que establece la norma estatutaria.

Es así como el ordenamiento jurídico ha admitido que exista un Plan de Beneficios en Salud (PBS) que contemple una serie de servicios, medicamentos e insumos, que deben ser garantizados por las E.P.S, y otros cuya prestación no debe ser garantizada por dichas entidades. Por otra parte, existen ciertos medicamentos, insumos y servicios que, en principio, se encuentran excluidos del PBS, pero que deben ser suministrados por las Entidades Promotoras de Salud en ciertas circunstancias.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha sido enfática en que *“el derecho constitucional fundamental a la salud cuya efectiva garantía se relaciona estrechamente con la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad no solo debía protegerse cuando las personas se hallaban en peligro de muerte, sino que [abarcaba] la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello [fuera] posible, cuando estas condiciones se [encontraban] debilitadas o lesionadas y [afectarán] la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”*<sup>3</sup>

De igual manera, este Tribunal Constitucional ha establecido como regla general que, en aquellos casos en los cuales el médico tratante ordene un servicio excluido dentro del PBS que sea vital para la salud, la vida digna e integridad del paciente, y que no pueda ser sustituido por otro servicio incluido dentro del PBS, resulta procedente de manera excepcional la autorización y/o suministro del servicio médico. En estos eventos, la Corte Constitucional ha fijado las siguientes reglas para ordenar tratamientos o servicios no incluidos dentro del PBS<sup>4</sup>:

La **primera** regla establece que la medida para determinar en qué grado la falta de servicio es necesaria, debe enfocarse en la búsqueda por mantener unas condiciones de vida digna al paciente. La **segunda** exigencia se concentra en que la prestación reclamada por el ciudadano debe contar con un respaldo científico en lo que se refiere a efectividad y calidad y que la misma no pueda suplirse por un medicamento, insumo o procedimiento que sí se encuentre en el PBS y que sirva para el mismo propósito<sup>5</sup>.

La **tercera** regla se fundamenta en que, en principio, el médico tratante adscrito a la E.P.S. es la autoridad con conocimiento suficiente para establecer cuáles son los tratamientos que requiere el paciente para poder superar su enfermedad.

El **cuarto** presupuesto, es que el Estado, a través de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES, es quien debe cubrir exclusivamente aquellas prestaciones cuyo destinatario no se encuentra en capacidad de solventar. En esta medida, la situación económica del solicitante debe ser evaluada con fundamento en los criterios de racionalidad y proporcionalidad y con el propósito de determinar si la persona o

---

*Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.*

<sup>3</sup> Sentencias T-038 de 2007 y T-159 de 2015.

<sup>4</sup> Estos criterios fueron definidos taxativamente por la Sentencia T-760 de 2008 y fueron reiterados por las Sentencias T-610 de 2013 y T-322 de 2018. “1. La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.

2. El servicio, intervención, procedimiento o medicina no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido con el mismo nivel de calidad y efectividad.

3. El servicio, intervención, procedimiento o medicina ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente.

4. La falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido”.

<sup>5</sup> Sentencia T-322 de 2018.



sus familiares cuentan con los recursos económicos para sufragar el medicamento, el elemento o procedimiento solicitado o si el mismo debe ser asumido por el Estado<sup>6</sup>.

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que las entidades prestadoras de los servicios de salud no pueden entrar a calificar, *prima facie*, una cirugía plástica reconstructiva como “estética” o “cosmética” sin antes hacer un análisis del caso particular y de las condiciones físicas, psicológicas y funcionales que la rodean. Lo anterior, en tanto esta Corporación ha reconocido que existen ocasiones en donde ciertos procedimientos reconstructivos, que en principio pueden ser considerados como estéticos, no lo son, pues cumplen con fines reconstructivos funcionales. De igual manera, este Tribunal Constitucional ha reiterado que cuando se logre demostrar que una cirugía de carácter estético se realiza con el fin de corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o con miras de impedir afectaciones psicológicas que permitan a la persona llevar una vida en condiciones dignas, la realización del procedimiento es procedente a través de la E.P.S., siempre y cuando se cuente con una orden médica que así lo requiera<sup>7</sup>.

En esta medida, las Entidades Promotoras de Salud no pueden negar la prestación de un servicio de salud, bajo el argumento de que las cirugías plásticas se encuentran excluidas del PBS, sin antes demostrar con debido soporte médico y con el estudio de cada caso concreto, que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no funcionales reconstructivos o de bienestar emocional, psíquico y social<sup>8</sup>.

Por otra parte, en aquellos casos en donde el profesional en medicina considere que el tratamiento que debe seguir la persona se trata de un insumo, procedimiento, medicamento o tecnología excluido en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la unidad de pago por capitación (PBSUPC), el médico tratante debe hacer su prescripción a través del aplicativo MIPRES, administrado por el Ministerio de Salud y Protección Social. Con base en esta orden, la EPS a la cual se encuentre afiliado el paciente, deberá tramitar la entrega efectiva del servicio PBSUPC, según el modelo de suministro de los servicios que haya elegido el departamento donde opere la E.P.S y de conformidad con lo establecido en la Resolución 1885 de 2018<sup>9</sup>.

En estos casos, la labor del usuario dentro del trámite administrativo que se surte entre la EPS, IPS y el ente territorial es totalmente pasiva, es decir que no interviene en el procedimiento de autorización, consecución de proveedores o instituciones prestadoras de salud, incluso cuando el paciente se encuentre hospitalizado. De allí que, al ser un trámite administrativo en el cual no interviene el paciente, la E.P.S no le debe trasladar a él cargas como el trámite de autorizaciones, solicitudes de cotización o consecución de proveedores de servicios, insumos o medicamentos<sup>10</sup>.

## **EL DERECHO DE PETICIÓN. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA<sup>11</sup>**

El artículo 23 de la Constitución Política 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 (...)*”.

<sup>6</sup> Sentencias T-414 de 2016 y T-322 de 2018.

<sup>7</sup> En casos similares, la Corte Constitucional ordenó a la Entidad Promotora en Salud autorizar la realización del procedimiento quirúrgico denominado “*dermolipectomía bilateral de muslos y corrección de ptosis mamaria bilateral*”, requerida por la accionante, al considerar que “*las cirugías ordenadas por el médico tratante, son cirugías de carácter reconstructivo funcional, por cuanto buscan corregir los problemas generados en la paciente por la obesidad mórbida y la posterior realización del bypass gástrico como procedimiento para su tratamiento*” Sentencias T-975 de 2010, reiterado por la Sentencia T-573 de 2013. Ver también Sentencias T-975 de 2010 y T-142 de 2014, T-579 de 2017.

<sup>8</sup> Sentencias T-159 de 2015, T-579 de 2017 y T-003 de 2019.

<sup>9</sup> Resolución 1885 de 2018, por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.

<sup>10</sup> Lo anterior fue reiterado por la Sentencia T-436 de 2019.

<sup>11</sup> Sentencia T-357 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



A partir de la anterior disposición constitucional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado de determinar el contenido y alcance del derecho fundamental de petición<sup>12</sup>, reconociéndole un carácter *fundamental de aplicación inmediata*. Respecto de su titularidad, ha precisado que pueden ser personas mayores o menores de edad, nacionales o extranjeros quienes pueden acudir ante las autoridades públicas o ante particulares. Así mismo, señaló que el derecho de petición tiene un *carácter instrumental* en tanto **a través de éste se busca garantizar la efectividad de otros derechos constitucionales**, como los de información, participación política y económica, libertad de expresión, salud y seguridad social, entre otros<sup>13</sup>. (Negrilla de la Corte Constitucional).

Como consecuencia del desarrollo jurisprudencial del derecho de petición, dicha Corporación ha determinado que el **núcleo esencial** del mismo se circunscribe en (i) una resolución *pronta y oportuna* de la cuestión que se solicita, (ii) una respuesta de *fondo* y (iii) su notificación. Lo cual ha insistido, no implica necesariamente una respuesta afirmativa al requerimiento. De allí que, no se configure vulneración alguna de dicho derecho cuando se obtiene una contestación *oportuna, de fondo, clara, precisa, congruente* y la misma es *puesta en conocimiento* del peticionario<sup>14</sup>. (Negrilla de la Corte Constitucional).

Sobre el particular, las sentencias C-818 de 2011<sup>15</sup> y C-951 de 2014<sup>16</sup>, se ocuparon de definir los elementos que integran el núcleo esencial del derecho de petición en los siguientes términos:

-La **pronta resolución** constituye una obligación de las autoridades y los particulares de responder las solicitudes presentadas por las personas en el menor plazo posible, sin que se exceda el tiempo legal establecido para el efecto, esto es, por regla general, 15 días hábiles<sup>17</sup>. (Negrilla de la Corte Constitucional).

-La **respuesta de fondo** hace referencia al deber que tienen las autoridades y los particulares de responder materialmente a las peticiones realizadas. Según la propia jurisprudencia en la materia, para que no se vulnere el derecho fundamental de petición, la respuesta debe observar las siguientes condiciones: a) **claridad**, esto es que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión; b) **precisión**, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se excluya toda información impertinente; y c) **congruencia**, que hace referencia a que la respuesta esté conforme con lo solicitado<sup>18</sup>. (Negrilla de la Corte Constitucional).

En este orden de ideas, la garantía real del derecho de petición no se verifica únicamente con la simple resolución de la solicitud elevada por un ciudadano. Es también necesario "(...) *que dicha solución remedie el fondo del asunto cuando sea pertinente hacerlo*"<sup>19</sup>; verificándose así la claridad y congruencia entre lo pedido y lo resuelto.

Al respecto, es preciso recordar que de acuerdo con la propia jurisprudencia constitucional el derecho de petición "(...) *no implica una prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante*", así, se entiende que el mismo no se ha visto conculcado cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, sin perjuicio de que la respuesta sea negativa. Esto quiere

<sup>12</sup> Corte Constitucional, ver, entre otras, sentencias T-578 de 1992, C-003 de 1993, T-572 de 1994, T-133 de 1995, T-382 de 1993, T-275 de 1995, T-474 de 1995, T-141 de 1996, T-472 de 1996, T-312 de 1999 y T-415 de 1999, t-146 de 2012, T- 392 de 2017, C- 007 de 2017.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia T- 392 de 2017.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> M.P Jorge Ignacio Pretel Chaljub.

<sup>16</sup> M.P Martha Victoria Sáchica Méndez.

<sup>17</sup> Mediante sentencia C-951 de 2014 se prevé una excepción a esta regla cuando se relaciona con materias pensionales.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencias T-610 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-814 de 2012 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T- 392 de 2017 M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencia T- 392 de 2017 M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.



decir que, conforme lo ha reiterado la Corte Constitucional en varios pronunciamientos “(...) la respuesta no implica necesariamente la aceptación de lo solicitado, ni se concreta necesariamente en una respuesta escrita”<sup>20</sup>. (Subrayado fuera del texto original).

De igual manera, ha señalado la jurisprudencia constitucional, que para el caso específico de que la administración no tramite o no resuelva los recursos interpuestos en la vía gubernativa, dentro de los términos legalmente señalados, también resulta vulnerado el derecho de petición<sup>21</sup>.

Ello es así, dado que el uso de los recursos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, busca la revisión de la decisión que resolvió la petición inicial, pues es a través de éste que el administrado puede elevar ante la autoridad pública una solicitud, cuya finalidad es obtener la aclaración, la modificación o la revocación de un determinado acto administrativo y el hecho de que el administrado pueda acudir una vez vencido el término de tres (3) meses de que trata el artículo 83 del C.C.A., ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para que a través de las acciones previstas en la ley se resuelva de fondo sobre sus pretensiones, no implica que el solicitante pierda el derecho a que sea la propia Administración, quien le resuelva las peticiones ante ella formuladas.

En ese orden de ideas, como lo ha sostenido la Corte, debe tenerse además presente que la ocurrencia del denominado silencio administrativo no hace improcedente la acción de tutela, pues la única finalidad del silencio administrativo negativo es facilitarle al administrado la posibilidad de acudir ante la jurisdicción para que ésta resuelva sobre sus pretensiones. Pero tal circunstancia no implica considerar que el silencio administrativo pueda equipararse a la resolución del recurso, pues el derecho de petición sigue vulnerado mientras la administración no decida de fondo sobre lo recurrido.

En efecto, la Corte Constitucional ha concluido que la interposición de recursos frente a actos administrativos hace parte del ejercicio del derecho fundamental de petición, toda vez que “a través de ellos, el administrado eleva ante la autoridad pública una petición respetuosa, que tiene como finalidad obtener la aclaración, la modificación o la revocación de un determinado acto”<sup>22</sup>.

En este sentido, cuando se han interpuesto recursos para agotar la vía gubernativa y la autoridad pública a quien le han sido presentados los recursos omite resolverlos y no cumple con los términos legales, se encuentra vulnerando el derecho fundamental de petición.

Al respecto, la Corte en su jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

*“Si el derecho de petición se expresa en el derecho a obtener una respuesta de fondo, clara, oportuna y congruente con lo pedido, los recursos ante la administración deben incluirse en el núcleo esencial del artículo 23 de la Carta.*

*“En este orden de ideas, una conclusión se impone: si la administración no tramita o no resuelve los recursos, dentro de los términos legalmente señalados, vulnera el derecho de petición del administrado y, por lo tanto, legitima al solicitante para presentar la acción de tutela.”*

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencias T-296 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-150 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero; SU-166 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1009 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1160 A de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1089 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-975 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-455 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

<sup>21</sup> Sentencia T-134 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional.

<sup>22</sup> Ver Sentencia T-051 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



## **TÉRMINOS PARA RESOLVER LAS DISTINTAS MODALIDADES DE PETICIONES; ART. 14 DE LA LEY 1755 DE 2015.**

Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

### **AMPLIACIÓN DE TÉRMINOS DECRETO 491 DE 2020**

El Ministerio de Justicia y del Derecho mediante el **Decreto 491 del 28 de marzo de 2020** "Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", en su artículo 5° dispuso:

*Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones.*

**Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:**

*"Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.*

*Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:*

- (i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.*
- (ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.*

*Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en el presente artículo expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto en este artículo.*



*En los demás aspectos se aplicará lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.*

*Parágrafo. La presente disposición no aplica a las peticiones relativas a la efectividad de otros derechos fundamentales.”*

Conviene precisar que: a través de la Resolución No. 1315 del año 2021, el Ministerio de Salud y Protección Social, estableció la prórroga de la emergencia sanitaria por Covid-19 hasta el día 30 de noviembre del año en curso.

En el acto administrativo se establece que, esta prórroga podrá finalizar antes de la fecha señalada cuando desaparezcan las causas que le dieron origen o en caso de estas persistir o incrementarse, el término podrá prorrogarse nuevamente.

### **REQUISITOS GENERALES DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA:**

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sido enfática en que es necesario abordar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia del trámite constitucional, antes de analizar el fondo del asunto planteado, en relación a ello ha dicho: “En el análisis que le corresponde adelantar al juez para determinar la procedencia de la acción de tutela debe establecer la concurrencia de los requisitos generales, que emanan del artículo 86 de la Carta Política, según el cual: “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Este precepto determina la legitimación en la causa y la necesidad de que se formule la acción dentro de un plazo razonable, contado desde el momento en el que se generó la vulneración o amenaza del derecho fundamental, de tal manera que el amparo constitucional no se convierta en un factor de inseguridad jurídica y de posible afectación de los derechos de terceros.” (sentencia **T-107/2017**)

### **CASO CONCRETO**

Como primera medida, previo a resolver el asunto, se hace necesario esclarecer, si se cumplen los requisitos de procedencia, para poder luego estudiar el fondo del asunto.

Para ello, al estudiar una demanda de tutela, deben tenerse en cuenta tres aspectos fundamentales, como lo son la subsidiariedad, la inmediatez y la legitimación. Esto es, en síntesis, respectivamente:

1. Si existe otro mecanismo de defensa judicial apto al que se pueda acudir.
2. Si el accionamiento fue interpuesto en un término razonable.
3. Si quien la formuló, está habilitado para ello.

En lo que atañe a la legitimación, debemos recordar lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, que reza así:

**“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 podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”***

Por ende, como en todo accionamiento, es un presupuesto para su viabilidad que quien formule la demanda, tenga legitimación para ello, dado que en caso contrario, carecería de esa vocación por activa, dando al traste con las pretensiones que invoque; punto en el que ha sido enfática la Corte Constitucional al resaltar que:

*“sobre el tema, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diferentes oportunidades<sup>23</sup>, concluyendo que la legitimación en la causa por activa es un presupuesto esencial de la procedencia de la acción de tutela dentro de un caso concreto, habida cuenta que al juez le corresponde verificar de manera precisa, quién es el titular del derecho fundamental que está siendo vulnerado y cuál es el medio a través de cual acude al amparo constitucional.*

*En ese sentido, ha advertido la Corte Constitucional, que tratándose de un tercero, debe hacerlo invocando una de las calidades que han sido reseñadas en el párrafo inmediatamente anterior”<sup>24</sup>.*

Así las cosas, salvo que se trate de personas que no puedan actuar por sí mismas, por imposibilidad, quienes podrán ser representados mediante la agencia oficiosa; el amparo debe ser solicitado por el titular de los derechos, o en su defecto, mediante apoderado judicial debidamente constituido.

Es que si bien, en este tipo de trámites “no será necesario actuar por medio de apoderado”, como lo indica la parte final del inciso 2º del artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, cuando se opta por actuar a través de apoderado judicial, debe allegarse poder para tales fines, con las características que ha precisado la jurisprudencia constitucional, tal y como lo dejó sentado la Corte Constitucional en Sentencia T- 524 de 2012, que reza así:

**“la legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.** Sin embargo, tal como lo ha establecido la Corte en anteriores oportunidades, a partir de las normas de la Constitución y del Decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela.

*La satisfacción de los presupuestos legales o de los elementos normativos de alguna de estas cuatro posibilidades, permiten la configuración de la legitimación en la causa, por activa, en los procesos de tutela.*

*Esas cuatro posibilidades son las siguientes: (i) **el ejercicio directo de la acción de tutela.** (ii) El ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) El ejercicio por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso, o en su defecto el poder general respectivo, y (iv) **la del ejercicio por medio de agente oficioso**”. **Negrilla y Subrayado del Juzgado.***

<sup>23</sup> Ver sentencias T-082/97, T-1220/03, T-531/02, T-017/03, T-242/03, T-301/03, T-503/03, T-629/06, T-878/07, T-312/09, T-442/12, SU-377/14 entre otras.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-430 de 2017.



De igual forma, ha expresado reiteradamente esa Corporación, que la acción de tutela a través de abogado, **requiere un poder especial y específico para este trámite**, sin que pueda confundirse con cualquier otro poder otorgado.

Respecto de la figura del representante, la jurisprudencia ha diferenciado al representante legal cuando se trata de menores, incapaces absolutos, personas jurídicas o interdictos, del representante judicial, que es un abogado debidamente inscrito que actúa en virtud de un poder especial o, en su defecto un poder general, que le ha concedido el titular de los derechos para interponer la acción de tutela específicamente.

*En lo que atañe a la figura de la agencia oficiosa, la Corte Constitucional ha señalado que dos de los elementos de la misma, son: (i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio.*

En el caso de marras, se advierte que la A-quo al momento de revisar la acción de tutela objeto de estudio, avizó que la misma a pesar de indicarse que era promovida por la señora **ROCIO MABEL BARCENAS PALACIO**, el nombre que aparece como firmante al final del documento, es el de la señora **SOL MARINA FERNANDEZ BUENO**, por lo que se le requirió para que aclarase el nombre o indicase, si esta última actúa como agente oficioso, caso en el cual debía acreditar las razones por las cuales la afectada no puede actuar directamente.

Lo que debió ocurrir en realidad, es que ante la falta de claridad, la demanda de tutela debía mantenerse en secretaría, en aras de que se aclarase tal situación, pero toda vez que no se hizo, la parte actora debía pronunciarse sobre el requerimiento efectuado por la Juez de Primera Instancia, que decidió admitir la presente acción de tutela, a pesar de ello; sin embargo, a pesar de haberse notificado dicho proveído al correo consignado por la petente en el acápite de notificaciones y además se envió al correo electrónico que aparece en la historia clínica de la actora, reinando un silencio absoluto sobre el particular, profiriéndose sentencia e impugnándose la misma, desde un correo electrónico que se indicó en la acción de tutela, pero que no corresponde al de la accionante registrado en toda su historia clínica.

Debe resaltarse que, a pesar de haberse proferido la sentencia de primera instancia el día 13 de julio del año 2021 y haberse notificado la misma el día 14 del mismo mes y año, al correo electrónico [mabelbarcenas@hotmail.com](mailto:mabelbarcenas@hotmail.com) la señora **ROCIO MABEL BARCENAS PALACIO** no se pronunció, o hizo caso omiso a dicha notificación, por cuanto solo 12 días después, se envió correo a Oficina Judicial el día 26 de julio del año 2021, indagando por el reparto de la presente acción constitucional, desde el correo [frankbarros20@hotmail.com](mailto:frankbarros20@hotmail.com) mismo al que se notificó el auto admisorio, la sentencia y el auto que ordenó rehacer la notificación de la sentencia, y desde el cual se radicó la impugnación el día 30 de julio del año 2021.

El correo aludido refleja pertenecer a la señora "**LILI GIRALDO**", no coincidiendo ninguno de los nombres aludidos con los de la que se indica es la accionante, no habiéndose aclarado si actuaba en nombre propio o a través de agente oficioso, como tampoco las razones por las cuales no comparece por sí misma, requisito indispensable para la procedencia de la acción de tutela de la referencia

Así las cosas, se tiene que la señora **SOL MARINA FERNANDEZ BUENO** carece en consecuencia de legitimación en la causa por activa para agenciar los derechos de la señora **ROCIO MABEL BARCENAS PALACIO** en la presente acción constitucional, por cuanto no existe probanza alguna de que no pueda ejercer la defensa de sus derechos por sí misma, máxime cuando es una persona joven de 23 años, que no se encuentra hospitalizada, ni impedida.



Atendiendo lo antes expuesto, la carencia de legitimación para interponer el amparo deprecado en el presente trámite constitucional, tornan improcedente el amparo de tutela solicitado, impidiendo a esta operadora judicial emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto aquí planteado.

Es así como esta operadora judicial, encuentra totalmente desacertada la decisión adoptada por la A-quo dentro de la presente acción de tutela, toda vez que quien impetró la misma, carece de legitimación por activa para ello, al no acreditar en calidad de qué actuaba, y mucho menos tener la certeza de haberse interpuesto directamente por la afectada, pues se insiste, no hizo ningún pronunciamiento cuando fue notificada a través de su correo electrónico registrado en la historia clínica, sino que todo se remitía desde un correo distinto, con el agravante de no haberse aclarado la situación expuesta por el Juzgado en el auto admisorio.

Decantado lo anterior, esta operadora judicial revocará en todas sus partes, la sentencia proferida el día 13 de julio del año 2021 por el **JUZGADO QUINTO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BARRANQUILLA** dentro de la acción de tutela de la referencia, y en su lugar declarará improcedente la misma.

En mérito de lo expuesto, **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, en nombre de la Republica de Colombia y por autoridades de la ley,

**RESUELVE:**

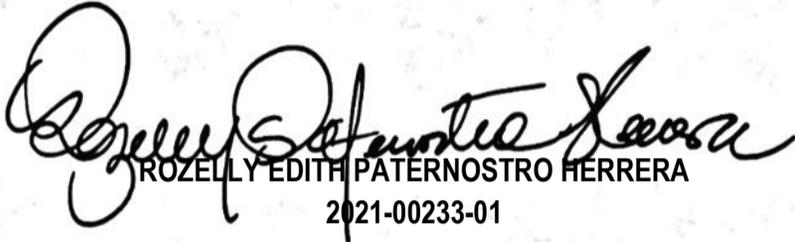
**PRIMERO: REVÓQUESE** en todas sus partes la sentencia proferida el día 13 de julio del año 2021 por el **JUZGADO QUINTO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BARRANQUILLA** dentro de la acción de tutela de la referencia, y en su lugar **DECLÁRESE** improcedente la misma, conforme lo motivado.

**SEGUNDO: NOTIFIQUESE** la decisión a las partes y al Ministerio Público, en la forma más eficaz.

**TERCERO:** Oportunamente remítase a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

LA JUEZ,

  
ROZELLY EDITH PATERNOSTRO HERRERA  
2021-00233-01