

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D. C., veinte (20) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.: 110013103038-2020-00302-00
DEMANDANTE: CARLOS HERNÁN MARTÍNEZ MUÑOZ
DEMANDANDO: ARL POSITIVA

ACCION DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela instaurada por el señor CARLOS HERNÁN MARTÍNEZ MUÑOZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.422.093 en contra de la ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES POSITIVA, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales a la vida, salud y petición.

PETICIÓN Y FUNDAMENTOS

Para la protección de los mencionados derechos el accionante solicita:

"1. Que se ordene a ARL POSITIVA para que resuelva de inmediato los derechos de petición invocados.

2.- Se ordene a la ARL POSITIVA autorizar atención a través de sus médicos especialistas de ortopedia de hombro, y la autorización para la correspondiente cirugía teniendo en cuenta que ha pasado aproximadamente siete meses y sigo incapacitado y mi estado de salud se ha visto deteriorado, y no he podido siquiera seguir trabajando, Lo anterior ya que es la ARL, la entidad que ha conocido de mi accidente laboral y en ningún momento la EPS ha intervenido esta última manifiesta que le toca a la ARL, Positiva quien le toca realizar dicho trámite por que fue allí donde inicio el procedimiento."

Las anteriores pretensiones se fundan en los hechos que se compendian así:

Manifiesta el accionante que sufrió un accidente laboral el 14 de febrero de 2020, siendo atendido por la accionada, quien debe brindarle la atención a través de sus médicos laborales y autorizar sus consultas por especialistas en ortopedia del hombro, lo cual nunca hace.

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

Agrega que la valoración de medico especialista del hombro, ha sido rechazada por la accionada, aun cuando el medico fisiatra recomendó dicha valoración, sin embargo, la ARL se niega a realizarla indicando que la patología no es producto de un accidente laboral, además, desconoce que la Junta de Calificación Regional determino que la lesión a pesar de las otras patologías presentadas obedecía al accidente laboral, dictamen que dice recurrió pero que no ha cancelado el valor correspondiente.

Indica que el 14 de abril del año en curso, recibió un correo por parte de la convocada en el cual le indican que le niegan la atención sin ser valorado por medicina laboral, recomendándole valoración por la EPS, la cual realizo y recomendó cirugía.

Añade que interpuso recurso de apelación en contra de la determinación de origen, al cual la Junta de Calificación de Invalidez Regional indico que su patología obedecía a un accidente de trabajo, a pesar de las otras patologías encontradas.

Que el 15 y 17 de septiembre de 2020 radico derecho de petición por medio del correo electrónico ante la ARL solicitando atención inmediata para su patología por accidente de trabajo autorizando cita con especialista en ortopedia de hombro, para posteriormente realizar su procedimiento quirúrgico; sin que a la fecha de presentación del escrito de tutela fuera atendido de fondo y conforme a lo solicitado, por lo que considera se le están vulnerando sus derechos fundamentales invocados.

TRÁMITE

Repartida la presente acción a este Despacho Judicial, mediante proveído del 13 de octubre de 2020 se admitió y vinculo a la E.P.S. CONFENALCO, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ; ordeno comunicar a las entidades accionadas la existencia del trámite, igualmente se les solicitó que en el término de un (1) día se pronunciaran sobre los hechos de esta tutela y de considerarlo procedente, realizaran un informe de los antecedentes del asunto y aportaran los documentos que consideraran necesarios para la resolución de esta acción.

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

En desarrollo del citado proveído, se notificó vía correo electrónico el 15 de octubre de 2020, a las accionadas.

Igualmente se oficio al Juzgado Primero (1) de Familia del Circuito de Cali, para solicitarles información de la acción de tutela con radicado 2020-00227.

CONTESTACIÓN

E.P.S. CONFENALCO VALLE indico que no se encuentran solicitudes pendientes por parte del paciente, se evidencia consulta con medicina general con cargo a la ARL en el mes de febrero del año en curso, sin evidenciar otras consultas.

Agrega que de los documentos adjuntos de que las patologías del accionante son secundarias al accidente laboral, tal como fue indicado en la calificación que realizó la junta regional de invalidez, por lo que la responsabilidad de la ARL debe continuar con la atención del paciente para sus afecciones relacionadas con el accidente laboral, que por parte de esa EPS están prestos para la atención del paciente, ya que no se le ha negado el acceso o las atenciones que ha requerido.

Por lo anterior solicita se declare improcedente la presente acción en contra de esa entidad, teniendo en cuenta que al accionante no se le han negado derechos, servicios ni existe una omisión por parte de esa entidad.

Informa que actualmente cursa en la ciudad de Cali acción de tutela del mismo usuario.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA, indico que mediante dictamen No. 94422093-2247 de fecha 15/05/2020, dirimió controversia presentada en contra de la calificación de origen emitida en primera oportunidad por la entidad ARL POSITIVA a nombre del aquí accionante, contra el cual la ARL presento recurso de reposición y en subsidio de apelación; informando que el primero confirmo la calificación inicial, y que para la remisión del expediente a la junta nacional de Calificación es requisito previo que obre en el expediente, la constancia de pago que a la fecha no se evidencia siendo imposible el envío del expediente.

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

Informa que en el Juzgado 1 de Familia del Circuito de Cali, bajo el Radicado 2020-00227 se adelanta una tutela por los mismos hechos y las mismas pretensiones.

A.R.L. POSITIVA indica que el accionante reporto evento de fecha 14 de febrero de 2020, calificado en primera oportunidad por esa A.R.L. mediante dictamen No. 2051674 del 27 de marzo de 2020, como de origen mixto bajo el siguiente diagnóstico: ORIGEN LABORAL S400 CONTUSIÓN DEL HOMBRO DERECHO, ORIGEN COMÚN (NO DERIVADO DEL ACCIDENTE DE TRABAJO); dado que el accionante manifestó su desacuerdo respecto de la calificación, el caso fue conocido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, entidad que mediante el dictamen número 94422093 – 2247 del 19 de mayo de 2020 determinó que las patologías Bursitis subacromio-subdeltoidea y subcoracoidea del hombro derecho, Cambios postraumáticos del Labrum posterior del hombro derecho, Tendinopatía del supraespinoso del hombro derecho y Ruptura del supraespinoso del hombro derecho son de origen accidente de trabajo; y el diagnostico Quiste paralabral del hombro derecho no es derivado del accidente de trabajo, dictamen contra el cual interpusieron recurso de reposición y en subsidio el de apelación al encontrarse en desacuerdo con el origen asignado a la patologías, por lo que a la fecha la calificación se encuentra en controversia.

Respecto de la solicitud que requiere atención medica por ortopedia de hombro y procedimiento quirúrgico, aclara que estos servicios son para manejo de la patología RUPTURA DEL MANGUITO ROTADOR, la cual no es derivada del accidente de trabajo, luego entonces corresponde a la E.P.S. autorizar el procedimiento solicitado por cuanto se trata de patologías no contempladas como hallazgos clínicos secundarios al siniestro.

Aclara que la patología presentada por el accionante y por la cual solicita la prestación de esa entidad no tiene su causa en el evento referido, toda vez que, si bien el accionante con el accidente se genero una contusión en el hombro derecho, el accionante presenta otros diagnósticos, como la ruptura del supraespinoso lo que común mente se conoce como lesión del Manguito rotador, que se trata de una enfermedad caracterizada por la degeneración de los tejidos a lo largo del tiempo que se termina convirtiendo en una rotura total del tendón, lo cual permite inferir su origen común pues no tiene relación a alguna con el mecanismo de trauma del accidente de trabajo, siendo posible que los síntomas

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

se hayan hechos mas visibles posterior a la ocurrencia del accidente, e cual no cambia el origen de la enfermedad, luego entonces el tratamiento para ese diagnóstico no derivado del accidente reportado, debe ser garantizado por la EPS y debe ser esta quien otorgué continuidad en el servicio y brinde las prestaciones asistenciales y económicas que llegare a requerir.

Así mismo, indica que todos los médicos tratante valoran de forma integral, independientemente si las patologías son de origen común o laboral, que a las ARL y EPS les corresponde reconocer los diagnósticos de acuerdo con la determinación de su origen, que en este caso al no derivarse del accidente de trabajo debe ser la entidad promotora de salud quien garantice las prestaciones de origen común.

Por lo dicho, solicita declarar improcedente la presente acción en contra de esa entidad y proceda a su desvinculación y no vulneración de los derechos fundamentales del accionante y en su lugar se ordene a la EPS garantizar las prestaciones asistenciales y económicas que llegare a requerir por tratarse de una patología de origen común.

CONSIDERACIONES

Debe determinarse si la A.R.L. POSITIVA, ha desconocido el derecho a la vida, salud y petición señor CARLOS HERNÁN MARTÍNEZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.422.093, al no atender sus solicitudes efectuadas el 15 y 17 de septiembre de 2019.

Debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela se constituyó como un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales. Este mecanismo privilegiado de protección es, sin embargo, residual y subsidiario.

En armonía con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando (1) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados, o (2) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

vulnerados o amenazados, o (3) cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

En el presente asunto, de acuerdo con lo manifestado por la E.P.S. CONFENALCO y la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA en sus contestaciones, donde informaron que en el Juzgado Primero (1) de Familia del Circuito de Cali cursaba otra tutela por los mismos hechos y las mismas pretensiones, por tanto, el Despacho deberá referirse en primer lugar a este tema.

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, establece que se presenta temeridad en acción de tutela en los siguientes términos:

"ACTUACIÓN TEMERARIA. Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.

El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar."

Tal disposición fue objeto de control de constitucionalidad por parte de la H. Corte Constitucional en Sentencia C-054/93 oportunidad en la expresó:

"En efecto, esta Corporación reitera aquí lo que ya ha establecido en Sala de Revisión de Tutela, a propósito de la actuación temeraria, cuando sostuvo que con base en los artículos 83, 95 y 209 de la Constitución, la actuación temeraria debe ser controlada en aras de lograr la efectividad y agilidad en el funcionamiento del Estado. En aquella oportunidad esta Corporación sostuvo que el abuso desmedido e irracional del recurso judicial, para efectos de obtener múltiples pronunciamientos a partir de un mismo caso, ocasiona un perjuicio para toda la sociedad civil, porque de un 100% de la capacidad total de la administración de justicia, un incremento en cualquier porcentaje, derivado de la repetición de casos idénticos, necesariamente implica una pérdida directamente proporcional en la capacidad judicial del Estado para atender los requerimientos del resto de la sociedad civil".

En el mismo sentido esa misma Corporación en sentencia T-897 de 2010 al referirse a la temeridad, indicó los elementos que se deben encontrar presentes para que se configure, así:

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

Conforme a lo establecido en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, existe temeridad cuando, "sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales", por lo cual "se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes".

La temeridad se configura, entonces, cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad fáctica en relación con otra acción de tutela; (ii) identidad de demandante, en cuanto la otra acción de tutela se presenta por parte de la misma persona o su representante; (iii) identidad del sujeto accionado; y (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción.

Así, la temeridad es una utilización impropia de la acción de tutela; en sentencia T-1215 de diciembre 11 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, en relación con dicha figura, esta corporación señaló que:

"... la actuación temeraria es aquella que vulnera el principio de buena fe, asumiendo una actitud indebida para satisfacer un interés individual a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin tener razón se instaura nuevamente una acción de tutela.

Teniendo en cuenta que la buena fe se presume en toda actuación de los particulares ante las autoridades públicas, la temeridad es una circunstancia que debe ser valorada cuidadosamente por los jueces para prevenir decisiones injustas. En otras palabras, la conducta temeraria debe encontrarse plenamente acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la tutela o revisando circunstancias meramente formales. Tal conducta requiere de un examen minucioso de la pretensión de amparo, de los hechos en que se funda y del acervo probatorio que repose en el proceso."

Conforme lo hasta aquí expuesto y luego de revisar lo manifestado por las accionadas en sus contestaciones, en las cuales allegaron el auto admisorio de la tutela que cursa en el Juzgado Primero (1) de Familia del Circuito de Cali, y posteriormente con el requerimiento efectuado por este despacho al citado Juzgado, aportaron el escrito de tutela y anexos, donde se pudo constatar que el accionante presentó la misma acción constitucional en ambos juzgados por los mismos hechos y pretensiones, la cual fue negada por improcedente por el Juzgado de Familia el 19 de octubre de 2020.

Así las cosas, el estudio de los documentos mencionados y el memorial de tutela permite afirmar que el señor CARLOS HERNÁN MARTÍNEZ MUÑOZ en efecto incurrió en una actuación temeraria, pues se encuentran presentes los elementos indicados en la jurisprudencia transcrita para que se configure temeridad.

Debido a que hay identidad de partes pues en ambas acciones el demandante es el señor CARLOS HERNÁN MARTÍNEZ MUÑOZ, y el demandando es la ARL POSITIVA, además, el fundamento fáctico es el mismo, pues en los memoriales

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

de tutela se observa que la inconformidad del actor es la falta de respuesta a sus derechos de petición, y no se encuentra acreditada justificación alguna para haber interpuesto la misma acción de tutela en dos Despachos Judiciales, en este caso de diferente especialidad y ciudad.

No sobra agregar que, si el demandante no está de acuerdo con la decisión del juzgado mencionado, podía hacer uso de la impugnación de su decisión y no iniciar otra acción de tutela como lo hizo, por tanto, las pretensiones de esta acción habrán de negarse.

*En mérito de lo expuesto el **JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,*

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la acción de tutela instaurada por el señor CARLOS HERNÁN MARTÍNEZ MUÑOZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 94.422.093, en contra de la ARL POSITIVA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ENTERAR a los extremos de esta acción, que contra la presente determinación procede la impugnación, ante la Sala Civil del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial.

TERCERO: REMITIR esta actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que el fallo no sea impugnado; lo anterior en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 31 del precitado decreto.

CUARTO: NOTIFICAR el presente fallo por el medio más expedito, de tal manera que asegure su cumplimiento, tal como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CONSTANZA ALICIA PIÑEROS VARGAS
JUEZ

Firmado Por:

**CONSTANZA ALICIA PINEROS VARGAS
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 038 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1f9f793d498911853823d954880f3658780c982f203327fd50f46802695462f8**

Documento generado en 20/10/2020 09:11:22 p.m.