



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**
j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., dos (2) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-4189-039-2022-01347-00

ACCIONANTE: ANGELA MARCELA ACEVEDO LOPEZ.

**ACCIONADA: ARL AXA COLPATRIA, CENTRO POLICLINICO DEL
OLAYA, SALUD TOTAL EPS y SUPERINTENDENCIA DE SALUD.**

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez subsanada la nulidad decretada por el superior y rituado en legal forma el trámite correspondiente.

I. ANTECEDENTES

1.- Hechos

Se exponen como fundamentos de la tutela, en síntesis, que **ANGELA MARCELA ACEVEDO LOPEZ**, quien se identifica con CC No. 1.013.599.427, fue diagnosticada con COVID-19 el 23 de enero de 2022 y fue incapacitada desde el 23 de enero hasta el 30 de enero de 2022 (8 días) y, por medicina laboral ARL AXA COLPATRIA fue incapacitada desde el 31 de enero hasta el 4 de febrero de 2022 (5 días).

En vista de lo anterior radicó sus incapacidades ante su empleador y el 6 de febrero tuvo comunicación con la ARL AXA COLPATRIA, quienes concluyeron que su contagio no era enfermedad laboral y le correspondía a la EPS el pago de las mismas por ser enfermedad general, razón por la que radicó nuevamente las incapacidades ante la EPS SALUD TOTAL, quien señaló que tampoco las pagaba por ser enfermedad de origen laboral al encontrarse laborando en una clínica.

Es así que de ninguna de las dos entidades le ha pagado las respectivas incapacidades, vulnerándose con ello sus derechos fundamentales.

2.- La Petición

En consecuencia, solicitó se ampare su derecho fundamental de petición, y como consecuencia se ordene: *“...a Quien corresponda el pago de mis incapacidades que en el término máximo de (48) Cuarenta y Ocho Horas, contado a partir de la Notificación del fallo de primera instancia, proceda a resolver de fondo el Derecho de Petición de pago de incapacidades por enfermedad Covid -19.”*

3.- Trámite Procesal

Una vez admitida la presente acción mediante auto de fecha 7 de octubre de los corrientes, se ordenó la notificación a las accionadas **ARL AXA COLPATRIA, CENTRO POLICLINICO DEL OLAYA, SALUD TOTAL EPS y SUPERINTENDENCIA DE SALUD**, a efectos de que ejerciera el derecho a la defensa, frente a lo que se pronunciaron así: El **CENTRO POLICLINICO DEL**

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-4189-039-2022-01347-00

OLAYA a través de su representante legal manifestó que la incapacidad reclamada por la accionante en los meses de enero y febrero de 2022 a la fecha no se cumple el requisito de inmediatez, pues ya transcurrieron más de 8 meses luego de culminado los 13 días de incapacidad.

Agregó que el accionante contaba con vínculo laboral hasta el 30/06/2022, por lo que solicitó la denegación de la presente acción en su contra al no vulnerar derechos fundamentales.

Por su parte, el **MINISTERIO DE SALUD** luego de realizar un recuento jurisprudencial ilegal sobre las normas aplicables al sistema de pago de incapacidades de origen laboral o cuando la misma es de origen común, solicitó la denegación de la presente acción constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva pues las llamadas a realizar el pago correspondiente a las prestaciones económicas, recae sobre Axa Colpatria, Salud Total EPS y Supersalud.

A su turno, la **ARL AXA COLPATRIA** argumentó frente al pago de las incapacidades, igualmente, que no se cumple el requisito de inmediatez pues no se evidencia un perjuicio latente y manifiesto, ya que las incapacidades fueron otorgadas en enero y febrero del 2022 y, frente al derecho de petición informó que ya fue dada respuesta mediante dictamen de objeción como calificación de primera oportunidad el 8 de julio de 2022, la cual anexa en su escrito tutelar la accionante, siniestro que fue objetado por considerarse de origen común, por lo que el actor y las demás partes fueron notificadas de la objeción para efectos de que interpusieran los recursos de ley ante las juntas de calificación de invalidez para que se definiera el origen de los siniestros en mención.

Por lo que solicitó la denegación de la presente acción constitucional al considerar que no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales alegados por la gestora.

Finalmente, **SALUD TOTAL EPS** y la **SUPERINTENDENCIA DE SALUD**, luego de ser debidamente notificadas vía correo electrónico a las direcciones informadas, guardaron silencio.

De otro lado, con ocasión de la nulidad decretada por el Superior Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá D.C., mediante auto del pasado dos (2) de noviembre de la presente anualidad, se vinculó a la presente acción a la "**JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**", quien oportunamente se pronunció en los siguientes términos: *"...revisando las bases de datos y documentos de los casos que reposan en esta Junta Regional se observa que NO EXISTE REGISTRO de solicitud de calificación del paciente por parte de alguna de las Entidades de Seguridad Social..."*, por lo que solicitó: *"...desvincular de la presente Acción de Tutela a la Junta Regional de Bogotá y Cundinamarca por cuanto en ningún momento ha vulnerado derecho fundamental, contrario a lo anterior ha respetado el debido proceso."* (archivo 29).

Además de lo anterior se requirió al **JUZGADO 4º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, a fin de que informe si en ese estrado judicial curso acción de tutela promovida por la aquí accionante - **ANGELA MARCELA ACEVEDO LOPEZ**, quien se identifica con cedula de ciudadanía No. 1.013.599.427-, estrado judicial que aportó copia virtual del respectivo expediente visible en el archivo 32.

II. CONSIDERACIONES

De la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, 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, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo 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.

La acción de tutela en consecuencia es viable, cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

Problema Jurídico

En el caso objeto de análisis, el problema jurídico consiste en determinar si se ha vulnerado o no el derecho fundamental de petición de la accionante por no haberse dado respuesta oportuna, congruente y de fondo a la solicitud y relacionada con el pago de las incapacidades Nos. 124072 de 23 al 30 de enero del 2022 (8 días) y No. 123784 del 31 de enero al 4 de febrero de 2022 (5 días), emitidas por AXA COLPATRIA.

Procedencia de la acción contra particulares.

Debe tenerse en cuenta que la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares es de naturaleza excepcional, tal y como lo ordena el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991; de tal suerte que para que se declare su prosperidad se deben reunir los siguientes requisitos; a saber:

*“1. Cuando el accionado preste un servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Carta Magna. 2. Cuando el accionado preste un servicio público de salud, para proteger los derechos a la vida, la intimidad, la igualdad y la autonomía. 3. Cuando el accionado preste un servicio público domiciliario. 4. **Cuando se demuestre la relación de subordinación e indefensión del accionante frente a la entidad privada accionada.** 5. Cuando la accionada viole el derecho consagrado en el artículo 17 de la C. P. 6. Cuando la entidad accionada sea la encargada de resolver una solicitud de habeas corpus. 7. Cuando se solicite rectificación de informaciones erróneas e inexactas. 8. Cuando el particular actúe en ejercicio de funciones públicas.”*

Del Derecho de Petición

El derecho fundamental de petición se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional, el cual se considera, básicamente, como la facultad que tienen los ciudadanos de formular solicitudes o de pedir copias de documentos no sujetos a reserva, a las autoridades correspondientes, y obtener de estas, una pronta y completa respuesta sobre el particular.

El derecho de petición, sobre el cual se invoca la protección constitucional, involucra dos momentos, “...ambos dependientes de la actividad del servidor

público a quien se dirige la solicitud: el de la recepción y trámite de la misma, el cual implica el debido acceso de la persona a la administración para que ésta considere el asunto que se le plantea, y el de la respuesta, cuyo sentido trasciende el campo de la simple adopción de decisiones y se proyecta a la necesidad de llevarlas al conocimiento del solicitante.”¹.

Lo anterior quiere decir que para la protección del derecho de petición, las autoridades públicas y los particulares, en los casos contemplados por la ley, deben no solamente proceder a imprimir a la solicitud puesta bajo su conocimiento el trámite interno que sea del caso para adoptar la decisión que consideren pertinente, sino que además su actividad se hace extensiva a la obligatoriedad de comunicar al peticionario la decisión que en uno u otro sentido haya adoptado, información que además debe producirse con prontitud, por cuanto está en juego la protección de un derecho fundamental.

De otra parte, hay que recordar que la respuesta a la solicitud, aun cuando debe ser pronta, oportuna y de fondo, no exige necesariamente una decisión favorable o positiva a los intereses de la persona, pues una cosa es el derecho de petición y otra muy distinta, el derecho a lo pedido.

Sobre la temática la H. Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“En primer lugar cabe señalar que existe una diferencia esencial entre el derecho de petición y el derecho a lo pedido, en cuanto el primero de ellos, consagrado en el artículo 23 de la Carta, hace referencia a la facultad que tienen las personas de elevar solicitudes respetuosas ante las autoridades, en la seguridad de obtener de ellas una pronta y oportuna respuesta que debe hacerse conocer en debida forma al interesado, y que materialmente responda las inquietudes o asuntos planteados. Este derecho, en los distintos aspectos que lo componen y que han sido analizados por la doctrina de la Corte, puede ser objeto de amparo constitucional en sí mismo y con independencia del contenido de las peticiones.”².ç

Derecho a la seguridad social.

“En relación con la presente consideración, se reiterará y se seguirá muy de cerca, lo ya desarrollado por las Salas de Revisión de Tutelas, en Sentencias T- 028 de 2017[24], T-378 de 2018[25], T- 225 de 2018[26], entre otras, teniendo en cuenta que en ellas se destacó el concepto, la naturaleza y la protección constitucional del derecho a la seguridad social.”

“El artículo 48 de la Carta Política, dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, que debe garantizarse a todas las personas “en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”. Para esta Corporación la seguridad social es un derecho de raigambre fundamental, que debe ser definido de la siguiente manera: “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”[27]”

“En Sentencia T-628 de 2007, esta Corporación estableció que la finalidad de la seguridad social guarda:”

¹ Cfr. Sentencia T-372/95

² Sentencias T-418 de 1992 (Sala Séptima de Revisión), T-575 de 1994 y T-228 de 1997 (Sala Quinta de Revisión) y T-125 de 1995 (Sala Tercera de Revisión).

“necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político[28], donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación[29]”

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

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo[30].”

“En reiteradas ocasiones, esta Corporación ha señalado que la fundamentalidad de este especial derecho encuentra sustento en su vínculo funcional con el principio de dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos, pues, a través de éste, resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.[31]”

“De igual modo, esta Corporación, en Sentencia T-200 de 2010, destacó que la importancia de este derecho radica en que “su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional” y, por tanto, se constituye en un elemento esencial para la materialización del modelo de Estado que hemos acogido y que nos define como una sociedad fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo y prevalencia del interés general.[32]”

“A manera de conclusión, la garantía del derecho a la seguridad social, entendida como el mecanismo a partir del cual es posible asegurar la efectividad de los demás derechos de un individuo, en los eventos en los que éste se ha visto afectado por ciertas contingencias, se constituye en uno de los institutos jurídicos que un Estado que pretenda ostentar la condición de Social de Derecho debe asegurar.”³

Pago de Incapacidades

Respecto de las incapacidades de origen común ha señalado la Corte Constitucional que: *“... entre el día 1 y el día 2, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, (...)*

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del

³ Sentencia T-043/19

empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente.

La incapacidad para trabajar que persiste luego de este periodo y trasciende al día 181, puede suscitar debate en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios que genera, y a la exigibilidad de la misma en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación. Lo anterior en virtud del Decreto 2463 de 2001.

27. Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, claramente, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación –superados 180 días de incapacidad– debe ser efectuada y promovida por las AFP, hasta agotar las instancias del caso.

(...) La AFP, una vez tenga concepto favorable de rehabilitación, habrá de postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral “hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”. El régimen de calificación prevé como condición, el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. De este modo es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se dejó dicho.”⁴

Ahora, frente a las incapacidades cuyo origen es común, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, señala que le corresponde a la AFP el pago de las incapacidades que surjan de un accidente o enfermedad común. Así mismo dicha normatividad, permite que la AFP con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de la calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador⁵.

Aunado a lo anterior, el Alto Tribunal Constitucional, sostuvo que: “(...) Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad (...)”⁶

De lo anterior, se podría decir que con base en la normatividad vigente los Fondos de Pensiones solamente deberían pagar incapacidades que superen los ciento ochenta (180) días, si existe un concepto médico de rehabilitación favorable que permita aplazar el dictamen de pérdida de capacidad laboral. Sobre este tema, la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sostenido:

⁴ Sentencia T-144 de 2016

⁵ Sentencia T-097 de 2015.

⁶ Ibidem.

“(...) [T]ratándose de incapacidades que superan los ciento ochenta (180) días, le corresponde al respectivo Fondo de Pensiones asumir el pago de dicha prestación únicamente hasta que se evalúe la pérdida de la capacidad laboral, siempre y cuando, como resultado de dicho dictamen, la persona tenga derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez. En esa medida, en el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez (...)”

“(...) Para la Corte es claro que el propósito que persigue el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, es garantizarle al trabajador un cubrimiento de las incapacidades mayores a 180 días mientras se produce su recuperación o haya lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez (...)”⁷

Subsidiaridad.

Debe precisarse que, para aquellos eventos en que existen otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia ha consagrado una excepción para la procedencia de la acción de tutela, como mecanismo transitorio, y se presenta cuando se ejerce para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora, bajo ese contexto el perjuicio irremediable no es cualquier situación, ni cualquier daño, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia, en Sentencia de Tutela-956 de 2013, mediante la cual indica que no basta *“cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona”*.

Así, pues, “[l]a gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. (Subraya fuera de texto)

Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social”.

De La Acción De Tutela Como Mecanismo Para Reclamar Prestaciones Laborales –Incapacidades.

Uno de los supuestos generales de procedibilidad de la vía tutelar, lo compone el requisito de subsidiariedad tal como lo prevé el artículo 86 de la Constitución, condicionando su procedencia excepcional a que el interesado no disponga de otro medio judicial para defender los derechos invocados, dejando como posibilidad que

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T - 920 de 2009.

su uso sea para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, además el Decreto Estatutario 2591 de 1991 en su artículo 6° establece que los medios de defensa judiciales ordinarios deben ser valorados bajo criterios de idoneidad y eficacia, si se pretende establecer la aplicabilidad o no del citado postulado, en el asunto concreto.

Específicamente se ha dispuesto un procedimiento jurisdiccional creado por la Ley 1122 de 2007, destinado a ser adelantado ante la Superintendencia Nacional de Salud, y que tiene como finalidad solucionar las controversias suscitadas entre las entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios, sin embargo la Corte Constitucional con relación a este procedimiento ha encontrado reparos fundamentales que se contraponen con los objetivos de idoneidad y eficacia, en los siguientes términos²: *“4.2. No obstante, esta Corte ha evidenciado que, desde un estudio más detallado de este especial procedimiento, resulta necesario considerar que aún existen múltiples falencias en su diseño que no solo restan eficacia a la protección que pretende otorgar, sino que adicionalmente lo convierten en un procedimiento que, dependiendo de la situación particular del accionante, no otorga ningún tipo de alivio a la situación de desprotección ius-fundamental en la que se encuentran quienes acuden a este trámite. Al respecto, esta Corporación ha evidenciado que existen 2 falencias graves en la estructura de este especial procedimiento[45], estas son: (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de apelación que respecto de la decisión adoptada se pueda interponer[46] y (ii) la imposibilidad de obtener el cumplimiento de lo ordenado.”*

De esta manera, aunque en principio podría calificarse idóneo este mecanismo jurisdiccional para resolver asuntos como el planteado en esta oportunidad, la corte ha identificado dos razones por las cuales no logra erigirse como tal. Así, el que no se establezca un término preciso para resolver el recurso de impugnación crea un vacío que desencadenaría finalmente en el desconocimiento de derechos fundamentales del afectado, quien se vería sometido a un trámite que posiblemente se extienda sin límite en el tiempo.

También resultaría ineficaz en los eventos en que se obtenga una decisión definitiva para el asunto planteado pero de forma tardía, por razón de esa falta de regulación del tiempo en que debe decidirse obligatoriamente la segunda instancia.

Adicionalmente, se puntualizó que la citada Ley no prevé un medio para obtener de forma efectiva el cumplimiento de la decisión, y ello torna igualmente inidóneo el medio, si se busca una protección efectiva de derechos fundamentales. Este vacío no logró subsanarse con lo reglado en el artículo 25 de la Ley 1797 de 2016[47], en cuanto estableció que el incumplimiento de la decisión acarrearía idénticas consecuencias que el desacato trae a una persona en una acción de tutela, porque en sentir de esta corporación omitió reglar: “(...) (i) el procedimiento a través del cual se declarará el desacato, (ii) de qué manera se efectuará el grado jurisdiccional de consulta, y (iii) ante quien se surtirá dicha actuación. Ello resulta especialmente gravoso si se considera que el mismo artículo 52, en concordancia que lo expuesto por esta Corporación en Sentencia C-243 de 1996[48], establece que la sanción allí contenida solo es ejecutable una vez se ha surtido el grado jurisdiccional de consulta de la decisión, motivo por el cual cualquier orden de desacato que se adopte puede quedar en el vacío jurídico hasta que no se efectúe dicho procedimiento, el cual, como se expuso, no se sabe ante quien se surtirá, ni de qué manera”.

Con fundamento en lo explicado y a manera de colofón, en el citado precedente constitucional se manifestó: “...en los eventos en que se ven desconocidos derechos de raigambre fundamental de una persona y en los que se requiere de una respuesta inmediata por parte del solicitante (en cuanto su situación particular no admite demora alguna), el procedimiento jurisdiccional establecido en la Ley 1122 de 2007 carece de idoneidad y eficacia, por lo que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener la salvaguarda de sus garantías fundamentales...”[49]

No resulta entonces idóneo ni eficaz el medio jurisdiccional que se adelanta ante la Superintendencia Nacional de Salud para conjurar la afectación de derechos fundamentales cuando la pretensión amerite una respuesta inmediata, en tanto, itérese, el legislador omitió consagrar un término para el trámite del recurso de impugnación que se promueva contra la decisión de primer grado y, además, no regló efectivamente un mecanismo mediante el cual se pudiera exigir el cumplimiento de la misma.”

Adicional a lo anterior, la propia Corte ha sostenido, en principio, que a la jurisdicción ordinaria le corresponde resolver las controversias laborales, y que la procedibilidad de la acción de tutela resulta justificada cuando la falta de pago de acreencias de esa índole genera amenaza o vulneración de derechos fundamentales como al mínimo vital y a la vida digna cuando constituye la única fuente de ingresos del afectado y su núcleo familiar. Así, en la citada T-909 de 2010 se expuso: **“... la Corte ha reiterado que el no pago oportuno y completo de las incapacidades laborales puede ser objeto de tutela, siempre que afecte el mínimo vital del actor.** “El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. “Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”[52].

La probanza de esa trasgresión del derecho al mínimo vital exige únicamente la afirmación que el accionante presente en ese sentido, cuando no es desvirtuada en el trámite, tal como se ha referido en los siguientes términos: **“3.4. Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgredan derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.[56]”**

“3.5. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto”. Efectivamente y pese a la existencia de un mecanismo ordinario laboral en cuyo escenario puedan plantearse pretensiones relacionadas con pago de incapacidades laborales, la afectación de derechos fundamentales como a la salud y al mínimo vital del interesado, o la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable, pueden generar que de forma provisional o definitiva, la acción de tutela se erija procedente para conjurar la conculcación o a amenaza de las mencionadas prerrogativas.”

Caso Concreto

En el caso bajo estudio se tiene que, la persona natural accionante **ANGELA MARCELA ACEVEDO LOPEZ**, aduce que presentó derecho de petición ante las

accionada **ARL AXA COLPATRIA y SALUD TOTAL EPS** para tratar temas relacionados con el pago de incapacidades de enero y febrero.

Ahora bien, una vez analizado el presente asunto, observa el Despacho que sí bien, el accionante Acevedo López no acreditó dentro del expediente la radicación del derecho de petición aludido en el escrito tutelar, lo cierto es que dentro del plenario reposan las respuestas otorgadas por las convocadas Axa Colpatria y Salud Total EPS, dando respuesta de fondo y de manera negativa a las pretensiones de la accionante.

No obstante, en respuesta a esta acción constitucional por parte de la convocada ARL AXA COLPATRIA, informó que, una vez revisada la base de Datos, encontró que el 8 de julio de 2022 procedió a dar respuesta a la petición de la accionante mediante escrito con REFERENCIA A OBJECCIÓN POR ORIGEN NO LABORAL de la señora Acevedo López, anexando igualmente copia de la misma. (fl. 04, 09 y 12 del C.1)

De otro lado, denota el despacho de forma preliminar y atendiendo lo informado por los entes convocados y lo informado por el superior, en el caso *sub-examine* resulta pertinente hacer alusión a la temeridad, al respecto prevé el Decreto 2591 de 1991 en el artículo 38 que la misma acción de tutela presentada ante varios jueces conlleva a su rechazo o decisión desfavorable.

Al punto la H. Corte Constitucional ha emitido concepto ante la configuración en una serie de peticiones, ilustrando a continuación las razones: *“La temeridad constituye en general una reprochable conducta mediante la cual una persona, independientemente de su posición activa o pasiva dentro del proceso, hace uso indebido de los instrumentos legales de orden sustancial o procesal – desvirtuándolos-, en búsqueda de efectos favorables a sus pretensiones”*⁸.

Conforme a lo anterior y del acervo probatorio allegado a la actuación, advierte el Despacho la improcedencia de la acción, toda vez que la tutela que nos ocupa se funda en los mismos hechos y pretensiones de la que en su momento conoció el **JUZGADO 4º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, en la cual mediante decisión del 24 de octubre del año 2022 –archivo 32 - resolvió: “CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales de petición y a la seguridad social de los que es titular la señora ANGELA MARCELA ACEVEDO LOPEZ invocados como vulnerados en la acción tutela radicada en contra de AXA COLPATRIA SA (ARL), CPOSA como propietaria del Establecimiento de Comercio CENTRO POLICLINICO DEL OLAYA, SALUD TOTAL EPS y la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.. (...)”

Y, en consecuencia, dispuso: *“...ORDENAR a AXA COLPATRIA S.A. (ARL), a través de su Representante Legal o de quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas hábiles contadas a partir de la notificación de la presente providencia, responda de forma oportuna, de fondo, clara, precisa y congruente, la petición presentada ante esta entidad el día 22 de junio de 2022, por la señora ANGELA MARCELA ACEVEDO LOPEZ, la cual deberá poner en conocimiento de la petente por el medio más expedito, lo anterior a fin de que no se continúe vulnerando el derecho fundamental de petición a que se refiere el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia.”*

⁸ Sentencia SU 253-98

Así mismo ordeno: “...a AXA COLPATRIA SA (ARL), que a través de su representante legal, y/o por quien haga sus veces, para que en el término de 48 horas hábiles contadas a partir de la notificación la presente providencia, reconozca y pague las incapacidades generadas a favor de la señora ANGELA MARCELA ACEVEDO LOPEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1013599427, en la proporción legal que corresponda, de acuerdo lo establecido en en (sic) los en los artículos 206 de la Ley 100 de 1993, 3 de la Ley 776 del 2022, artículo 1 del Decreto 676 del 2022...”.

Lo anterior pone de presente que la génesis del amparo aquí reclamado ya fue objeto de pronunciamiento por el Juzgado arriba mencionado dentro de la tutela con radicado No. 1001410500420220075000, decisión a la cual no le fue presentada impugnación alguna, por lo que resulta improcedente el amparo aquí solicitado, por cuanto se encuentra acreditada la temeridad de que trata el artículo 38 citado; en efecto, la demanda de tutela que aquí se resuelve, así como la que en su oportunidad conoció la Sede Judicial ya referencia, se formuló con los mismos hechos que aquí se discuten al igual que sobre las mismas pretensiones.

Sobre el particular, en sede de tutela, ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia que: *“cuando ocurre la temeridad en la norma antes citada, [debe examinarse] si la nueva acción es igual a la anterior, vale decir, si entre ambas existe identidad de hechos y derechos, así como las partes accionante y accionada, no importa que tengan algunas diferencias incidentales, y por último, si la repetición del amparo obedece a un motivo justificado, como sería, por ejemplo, la ocurrencia de sucesos nuevos o distintos que conlleven una verdadera variación de la situación fáctica inicial”* (ver entre otras, CSJ STC 20 en. 2011, rad. 2010-02154-00).

En estricto sentido, la H. Corte Constitucional ha dicho que: *“...el juez de tutela deberá declarar improcedente la acción, cuando encuentre que la situación bajo estudio es idéntica en su contenido mínimo a un asunto que ya ha sido fallado o cuyo fallo está pendiente, y que deberá observar detenidamente la argumentación de las acciones que se cotejan, ya que habrá temeridad cuando mediante estrategias argumentales se busque ocultar la identidad entre ellas”⁹*, y que: *(...) cuando se interpone una nueva acción de amparo respecto de un caso que guarda identidad con otro anterior, procurando mediante técnicas y estrategias argumentales ocultar la mencionada identidad, es presumible prima facie el uso temerario de la acción de tutela. Esto por cuanto el cambio de estrategia argumental o la relación de hechos que en realidad ni son nuevos ni fueron omitidos en el fallo anterior, conlleva la intención de hacer incurrir en error al juez, y sacar beneficio de ello. Resulta pues inaceptable que con dicho interés se haga uso del mecanismo judicial de la tutela. Por ello si el juez de amparo detecta que el caso jurídico que se le presenta, en su contenido mínimo (pretensión, motivación y partes) guarda identidad con otro pendiente de fallo o ya fallado, debe declarar improcedente la acción.* Aunque, no sólo esto, sino además si llegase a determinar que por medio de la interposición de la tutela se persiguen fines fraudulentos, deberá entonces tomar las medidas sancionatorias que para estos casos dispone el ordenamiento jurídico” (Subraya el Despacho).

Corolario de lo anterior, en lo discurrido en precedencia y por no ameritar comentario adicional, se negará el amparo deprecado. No obstante, no se dispondrá ninguna sanción pues, además de no observarse que la accionante hubiere desplegado una conducta de mala fe en la interposición de la demanda de tutela, no está suficientemente acreditado que en el presente asunto concurren los presupuestos que prevé el inciso 2º del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.

⁹ Sentencia T -741 de 2011.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional reclamado por **ANGELA MARCELA ACEVEDO LOPEZ**, quien se identifica con cedula de ciudadanía No. 1.013.599.427, quien actúa en nombre propio, a su derecho fundamental de petición y al pago de incapacidades, ante la presencia de temeridad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo o expedito posible. **Entréguese copia del presente fallo a la accionada.**

TERCERO: Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN. Ofíciense. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

Cristhian Camilo Montoya Cardenas

Juez Municipal

Juzgado Pequeñas Causas

Juzgado 39 Pequeñas Causas Y Competencias Múltiples

Bogotá, D.C. - 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: **71a9a103deedde5d43a808b21451a735ccab814db6920dbf6d9dc8c04e884886**

Documento generado en 02/12/2022 11:29:27 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**