



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

TUTELA POR LOS MISMOS HECHOS – Improcedencia de la tutela para lograr el cumplimiento de una orden impartida en otro fallo de tutela.

Ahora bien, ante la existencia de una orden de rango constitucional anterior, la peticionaria debe formular el incidente de desacato demostrando el incumplimiento de la entidad accionada, especialmente haber radicado las respectivas incapacidades a tiempo ante la EPS ACCIONADA, tal como quedó establecido en el incidente tramitado en el juzgado de conocimiento -JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE SOGAMOSO- como consta en el oficio remitido a la Sra. GLORIA ESPERANZA MORENO DE ORDUZ (fs. 26), donde se le informó que se declaró que la EPS COMPENSAR no había incurrido en desacato a la orden de tutela emitida el 20 de noviembre de 2017 por ese juzgado, pero la **conminó** para que adelantará las gestiones pertinentes ante el empleador, a fin que sean radicadas oportunamente ante COMPENSAR EPS las incapacidades que le han sido concedidas. Es decir, la misma peticionaria es quien ha ejercido un papel pasivo al no realizar a tiempo las gestiones para radicar, omisión que también puso en conocimiento la ARL POSITIVA al pronunciarse sobre los hechos de la demanda de tutela, donde enfáticamente señaló que la accionante no ha radicado ante esa entidad solicitud de pago de incapacidades.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Boyacá

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE SANTA ROSA DE VITERBO**

**“Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación”
Ley 1128 de 2007**

SALA ÚNICA

| | |
|----------------------|---|
| RADICACIÓN: | 15759-31-03-002-2018-00082-01 |
| CLASE DE PROCESO: | TUTELA SEGUNDA INSTANCIA |
| ACCIONANTE: | GLORIA ESPERANZA MORENO DE ORDUZ |
| ACCIONADO: | COLPENSIONES, POSITIVA ARL, COMPENSAR EPS |
| DERECHO FUNDAMENTAL: | MÍNIMO VITAL |
| DECISIÓN: | CONFIRMAR |
| APROBACION: | ACTA DE DISCUSIÓN No.101 |
| MAGISTRADO PONENTE: | Dr. EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA |

Santa Rosa de Viterbo, agosto veinticuatro (24) de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO A DECIDIR:

La impugnación formulada por el apoderado de GLORIA ESPERANZA MORENO DE ORDUZ contra de la sentencia de 12 de julio de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sogamoso, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES Y HECHOS DE LA DEMANDA DE TUTELA:

GLORIA ESPERANZA MORENO DE ORDUZ, a través de apoderado judicial, presentó demanda de tutela contra COLPENSIONES, POSITIVA ARL y COMPENSAR EPS por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, la estabilidad laboral reforzada dignidad humana protección especial a la familia al negarse a efectuar el pago de las incapacidades médicas a su cargo.

Funda la demanda en los siguientes **HECHOS**:

1.- La accionante se encuentra afiliada a la E.P.S COMPENSAR, FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES y a la ARL POSITIVA, desde el año 2001, como cotizante en calidad de trabajador dependiente, siendo diagnosticada con trastorno mixto de ansiedad y depresión, por lo cual fue incapacitada continuamente sin interrupción desde el 02 de julio de 2015, sin embargo, a partir del 14 de octubre de 2017 la E.P.S COMPENSAR le dejó de cancelar las incapacidades correspondientes.

2.- La accionante fue protegida por vía acción de tutela el 20 de noviembre 2017, por el JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE SOGAMOSO, ordenando a COMPENSAR EPS, pagar las incapacidades médicas que estaban pendientes de pago a partir del 14 de febrero de 2017 y hasta la fecha en que se determine la entidad que deberá asumir en lo sucesivo el pago de las prestaciones que tenga derecho la peticionaria, para lo cual la EPS deberá remitir el concepto de rehabilitación necesario para establecer la limitación o pérdida de capacidad laboral y adelantar los trámites pertinentes ante la ARL o Fondo de Pensiones.

3.- El 18 de enero último, fue calificada por la EPS COMPENSAR, entidad que determinó que su enfermedad es de origen laboral, decisión que fue apelada por la ARL POSITIVA, confirmando la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el origen de la enfermedad, motivo por el cual la citada ARL interpuso recurso de reposición y apelación, el que se encuentra en trámite.

4.- Desde el 14 de octubre de 2017, hasta la fecha de presentación de la demanda de tutela, la EPS no le ha cancelado las incapacidades bajo el argumento que las mismas superaron los 180 días, por lo que le corresponde pagarlas es al Fondo de Pensiones, pero tanto el fondo como la ARL le solicitan la transcripción de las

incapacidades, la cual también fue negada el 25 de junio de 2018 por la EPS, sosteniendo que el origen de la enfermedad no estaba en firme.

5.- El 11 de mayo de 2018, radicó ante la EPS COMPENSAR un derecho de petición solicitando el pago de las incapacidades, sin que a la fecha le hayan dado respuesta alguna, omisión que genera una afectación al mínimo vital de GLORIA ESPERANZA, quien depende económicamente de su salario para su sustento y el de su núcleo familiar. Además, que esta situación agrava su enfermedad, que le causa más depresión y ansiedad.

ACTUACION PROCESAL:

1.- El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sogamoso, al que correspondió por reparto, a través de providencia del 29 de junio de 2018 admitió la demanda y corrió traslado a las entidades accionadas.

2.- La ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a través de su apoderada (fs. 85 a 87) manifiesta que la Sra. GLORIA ESPERANZA MORENO reportó a su E.P.S un evento atendido y calificado por dicha entidad bajo el diagnóstico de “TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN” cuyo origen se encuentra en controversia ante la Junta Regional de Calificación de Boyacá, entidad que a la fecha no se ha pronunciado respecto de la posible remisión del expediente a la Junta Nacional de Invalidez para efectos de dirimir la controversia en última instancia; ahora bien, respecto al pago de incapacidades señala que la accionante no ha radicado las mismas, de manera tal que resulta imposible efectuar el pago de estas. Igualmente, aduce la existencia de la falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que la ARL no es la encargada de efectuar esos pagos, máxime que no fueron radicadas las incapacidades en la entidad.

3.- El representante legal de la E.P.S COMPENSAR., ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, mediante apoderada, dio contestación a la demanda de tutela (fls. 88 a 102), señalando que la accionante se encuentra afiliada a esa EPS. Que el origen de la enfermedad que padece la peticionaria es de origen laboral, por tanto la corresponde a la ARL donde se encuentra afiliada cubrir la prestación tanto asistencial como económica en su totalidad, invoca la falta de legitimación por causa pasiva teniendo en cuenta que las peticiones de la accionante se encuentran enfocadas en prestaciones asistenciales y económicas con ocasión de enfermedad profesional y la calificación de invalidez, se tiene que estas le corresponden a la

ARL positiva.

4.- La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” a través de su apoderado (fls. 103 a 111), en su pronunciamiento sostiene que la demanda de tutela gira en torno al reconocimiento de incapacidades de origen laboral, dado que las reclamaciones planteadas en el escrito de tutela se han radicado ante la E.P.S. COMPENSAR y no ante la AFP, por tanto la accionante debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía tutela, por cuanto dicha entidad no amenaza o viola los derechos invocados por la accionante.

SENTENCIA IMPUGNADA:

Mediante sentencia del 12 de julio de 2018, el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO, negó por improcedente el amparo solicitado por GLORIA ESPERANZA MORENO DE ORDUZ, dado que el propósito de la presente acción de tutela se encuentra inmiscuido en la protección que emitiera el JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO en sentencia del 20 de noviembre de 2017.

DE LA IMPUGNACIÓN:

El apoderado judicial de la accionante impugnó la decisión de primera instancia, manifestando que el juez de tutela, está llamado a proteger los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario, indica que a pesar de haber un fallo de tutela donde se ordenó a COMPENSAR EPS al pago de las incapacidades hasta cuando se determinara el origen y este quede en firme, la entidad se negó a recibir las mismas, transcribirlas y pagarlas, teniendo como argumento que el dictamen no se encuentra en firma, pero la peticionaria no puede esperar la decisión de la Junta Nacional de Calificación dado su estado de debilidad manifiesta sumado a su insolvencia económica.

LA SALA CONSIDERA:

1. De la acción de Tutela:

El art. 86 de la Constitución Política de 1991 estableció la tutela como una acción que tiene toda persona 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 estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos establecidos en la ley; pero que 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.

A partir de la anterior definición constitucional se deducen las características o requisitos esenciales de procedencia de la protección de un derecho en sede de este procedimiento, a saber, (i) que se trate de un derecho fundamental, (ii) que ese derecho este siendo vulnerado o amenazado, (iii) que no exista otro mecanismo de defensa judicial, o principio de la subsidiariedad y, (iv) que en caso de existencia de otro medio, deba ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En cualquier caso, con mayor o menor profundidad según las necesidades, deberán ser tratados los anteriores aspectos.

2.- Del problema jurídico.

La sala debe determinar si las autoridades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, al no pagar las incapacidades médicas.

3.- De la acción de tutela temeraria art. 38 Decreto 2591 de 1991.

Empiécese por advertir, que de conformidad con lo confesado por el apoderado de la Sra. GLORIA ESPERANZA MORENO DE ORDUZ en el hecho cuarto de los fundamentos fácticos de la demanda de tutela, obra a fs. 13 y s.s., sentencia emitida por el JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE SOGAMOSO de fecha noviembre 20 de 2017, dentro de la acción de tutela presentada por GLORIA ESPERANZA MORENO DE ORDUZ en contra de COMPENSAR EPS, en la que se le tuteló sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social, ordenando a la referida EPS que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esa decisión, procediera a reconocer y cancelar a favor de la peticionaria los valores correspondientes a las incapacidades que le han sido concedidas y que se encuentran pendientes de pago a partir del 14 de febrero de 2017 y hasta la fecha en que se determine la entidad que deberá asumir en lo sucesivo el pago de la prestación a que tenga derecho, para lo cual

COMPENSAR EPS debe emitir el concepto de rehabilitación necesario para establecer la limitación o pérdida de capacidad laboral de GLORIA ESPERANZA y adelantar los trámites ante la ARL y/o la AFP que corresponda.

Es así que parangonadas las dos acciones constitucionales, se establece que si bien es cierto existen pequeñas modificaciones de los fundamentos fácticos y una adición de dos entidades accionadas como son: POSITIVA ARL y COLPENSIONES, también lo es, que frente a ese aspecto puntual se verifican todos los presupuestos para pregonar la existencia de una acción temeraria, como son: la identidad de partes, hechos, y ausencia de justificación, razones suficiente para imponer el rechazo de la presente tutela.

Lo anterior, atendiendo el mandato del art. 38 del Decreto 2591 de 1991, que dispone: *“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.”*

Es más, dicha situación se encuentra refrendada por jurisprudencia constitucional, entre otras la sentencia T-939 de 2006 donde se consigna qué es una acción temeraria y sus consecuencias, así:

“(...) aquella que desconoce el principio de buena fe, en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin razón alguna se instaura nuevamente una acción de tutela”.

La Corte ha reiterado que la temeridad se configura cuando se reúnen los siguientes cuatro requisitos en la presentación de dos o más acciones de tutela: (i) identidad en el accionante; (ii) identidad en el accionado; (iii) identidad fáctica (iv) ausencia de justificación suficiente para interponer la nueva acción, es decir, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia. En todo caso, corresponde al juez constitucional evaluar si ante la presentación de una nueva acción de tutela se cumplen los cuatro requisitos de identidad de accionante, accionado y hechos, así como la falta de justificación que configuran la temeridad. En el marco de este análisis el juez deberá presumir la buena fe del accionante y sólo en el caso que ésta resulte desvirtuada adelantar con las debidas garantías la imposición de la sanción por temeridad.

Si bien el juez tiene la obligación de rechazar o denegar las solicitudes de tutela cuando se presenta duplicidad en el ejercicio de la acción de amparo constitucional, también puede sancionar a quienes incurran en dicho actuar, siempre que su comportamiento envuelva una actuación amañada. Sin embargo, no sucede lo mismo y así lo ha advertido la Corte, cuando a pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio simultáneo de la acción de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de “improcedencia” de las

acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera “temeraria” y, por lo mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del tutelante.

(...) Así entonces, la temeridad se constituye por la violación del juramento sólo en el caso de un ejercicio abusivo de la acción de tutela, cuyos nocivos efectos busca evitar el artículo 38. En consecuencia se reitera la posibilidad de que se presenten eventos de improcedencia con ausencia de temeridad, ya que puede ocurrir que se presenten varias tutelas bajo los mismos hechos y derechos en ausencia de una actitud temeraria del demandante, configurándose solamente la declaración de improcedencia”.

Por esto, es forzoso predicar que la accionante ha formulado en dos ocasiones la misma acción de tutela (identidad de hechos, partes e inclusive derechos), cuyo objeto basilar ha consistido en que se ordene a la EPS COMPENSAR efectuar el pago de las incapacidades.

Ahora bien, ante la existencia de una orden de rango constitucional anterior, la peticionaria debe formular el incidente de desacato demostrando el incumplimiento de la entidad accionada, especialmente haber radicado las respectivas incapacidades a tiempo ante la EPS ACCIONADA, tal como quedó establecido en el incidente tramitado en el juzgado de conocimiento -JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE SOGAMOSO- como consta en el oficio remitido a la Sra. GLORIA ESPERANZA MORENO DE ORDUZ (fs. 26), donde se le informó que se declaró que la EPS COMPENSAR no había incurrido en desacato a la orden de tutela emitida el 20 de noviembre de 2017 por ese juzgado, pero la **conminó** para que adelantará las gestiones pertinentes ante el empleador, a fin que sean radicadas oportunamente ante COMPENSAR EPS las incapacidades que le han sido concedidas. Es decir, la misma peticionaria es quien ha ejercido un papel pasivo al no realizar a tiempo las gestiones para radicar, omisión que también puso en conocimiento la ARL POSITIVA al pronunciarse sobre los hechos de la demanda de tutela, donde enfáticamente señaló que la accionante no ha radicado ante esa entidad solicitud de pago de incapacidades.

En consecuencia, se confirmará, la sentencia impugnada, debiendo requerir a la accionante para que se abstenga de presentar futuras acciones de tutela basada en estos mismos hechos y pretensiones.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE

VITERBO, BOYACÁ, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 12 de julio de 2018, proferida por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO ORAL DE SOGAMOSO.

SEGUNDO: REQUERIR a la Sra. GLORIA ESPERANZA MORENO DE ORDUZ, para que se abstenga de presentar futuras acciones de tutela basada en estos mismos hechos y pretensiones.

TERCERO: NOTIFÍQUESE ésta determinación a las partes, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991.

CUARTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Magistrado Ponente

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO

Magistrada

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL

Magistrado