



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS

Santiago de Cali, veintiséis (26) de junio de dos mil veintitrés (2023)

ACCIONANTE: ALICIA HERRERA DUQUE
ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL
RADICACIÓN: 005-2023-00136-00
SENTENCIA No. T- 136 (1a. Instancia)

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela incoada por la señora Herrera Duque quien actúa en defensa de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud, que a su parecer han sido vulnerados por la accionada

ANTECEDENTES

Manifiesta la accionante que tiene 53 años de edad y que desde el año 2020, viene presentando quebrantos de salud, por lo cual no puedo casi ni movilizarme por el intenso dolor; por dicho motivo afirma que le han prescrito varias incapacidades desde esa época; por lo que radicó aquellas ante su empleado.

Informa que, en enero del 2023, afirma que solicitó el pago de las incapacidades, correspondientes a los siguientes periodos 23 de noviembre del 2022 a diciembre 23 del 2022, del 6 de enero del 2023 al 6 de febrero del 2023, del 17 de enero del 2023 al 17 de abril del 2023. Respecto a la anterior expuso que *“La primera incapacidad que va del 23 de noviembre del 2022 a diciembre 23 del 2022, salud total, la cancelo el día 2 de diciembre”* indicando que desconoce que sucedió con ese dinero; así mismo expone que si bien solicitó a la EPS accionada que calificara su PCL, dicha entidad indicó que no le correspondía realizar dicho trámite.

De otro lado expuso que carece de recursos económicos para solventar sus necesidades básicas e incluso para asistir a las citas médicas; así mismo adujo que de ella depende el sostenimiento de su hijo menor de edad, por lo que considera que el no pago de los auxilios por incapacidad ha generado una grave afectación a sus derechos fundamentales; al igual que el actuar del empleador, pues expone que ha retrasado el trámite que tiene a su cargo en relación a las aludidas incapacidades, al no radicarlas a tiempo, indicando incluso que las correspondientes a los siguientes periodos no se han presentado aún ante la EPS pese a que adelantó la gestión a su cargo *“6 de enero del 2023 a 6 de febrero del 2023”, “17 de enero del 2023 al 17 de abril del 2023”*

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto No. 3126 del 9 de junio de 2023, fue admitida la acción de tutela promovida contra la entidad accionada, se vinculó a la Porvenir AFP, Autosuperior Chevrolet S.A.S., IPS Virrey Solis, Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca y la Dirección Territorial Valle del Cauca del Ministerio de Trabajo; se corrió traslado a la EPS y a los vinculados a fin de que se pronunciarán sobre los hechos edificadores de la acción y controvirtieran lo pertinente para lo cual se concedió el término de tres días.

Intervención de la parte accionada y entidades vinculadas.

SALUD TOTAL EPS: En respuesta al requerimiento judicial, se opuso a las pretensiones formuladas por la accionante, indicando que a su parecer el pago de los dineros reclamados le corresponde al fondo de pensiones, precisando que la accionante cuenta con un concepto de rehabilitación integral desfavorable generado en oportunidad, motivo por el que considera que hay falta de legitimación en la causa por pasiva; así mismo expuso que considera que la acción de tutela es temeraria, pues la accionante ya interpuso acción de tutela anterior, por los mismos hechos, la cual fue declarada improcedente.

De otro lado expuso que el 12 de noviembre de 2022, la accionante cumplió con 180 días de incapacidad continuos periodo que fue pagado por la EPS Salud Total; teniendo en cuenta lo manifestado, solicitó se declare la improcedencia de la acción y la desvinculación de la EPS por falta de legitimación en la causa.



Entidades vinculadas

PORVENIR AFP: Luego de realizar el recuento normativo que considera aplicable al caso bajo examen, sostuvo *“En el presente caso encontramos concepto de rehabilitación desfavorable, por tanto, no hay derecho a pago de incapacidades por parte de esta administradora, ya que la EPS emitió concepto no favorable de rehabilitación.”* Precisó además que *“El artículo 142 del decreto 19 de 2012 manifiesta que cuando exista Concepto Favorable De Rehabilitación las administradoras de pensiones podrán postergar el trámite de calificación por 360 días posteriores a los 180 días reconocidos por la EPS, evento en cual se otorgara el subsidio de incapacidad.”* De otro lado sostiene que, de acuerdo con la información suministrada por salud total EPS la accionante cuenta con un concepto no favorable de rehabilitación; motivo por el que *“no procede postergar el trámite calificación y en consecuencia se debe proceder con la calificación de pérdida de capacidad laboral, es decir no hay derecho a pago de incapacidades.”*

Señaló que el 16 de abril del año avante, se emitió dictamen de PCL, respecto de la accionante, indicando que arrojó un resultado del 25.60% con fecha de estructuración el 28 de marzo de 2023, de origen común; motivo por el que no resulta viable efectuar análisis para una eventual pensión de invalidez; así mismo aclaró que la accionante presentó recurso de reposición en subsidio de apelación frente al mencionado dictamen, motivo por el que sostuvo que se encuentra a espera de que determine sobre el asunto, la Junta Regional de Calificación de Invalidez. Por lo anterior pide se decrete la improcedencia de la acción en contra de dicha entidad.

AUTOSUPERIOR SAS: En atención al llamado judicial, se pronunció frente a cada uno de los hechos esbozados en la acción constitucional; insistiendo que no ha trasgredido los derechos fundamentales de la accionante, por haber efectuado la gestión a su cargo, en relación a las incapacidades reclamadas, pues precisa que de conformidad con lo normado en el artículo 121 del Decreto 019 de 2012; le correspondía efectuar la gestión ante la EPS para el pago de las incapacidades, no ocurriendo lo mismo frente a la AFP; pues arguye que dicha labor le compete a la accionante.

De igual manera, informó que la EPS en efecto remitió concepto de rehabilitación con resultado favorable, pues el médico tratante ha considerado que el estado de salud de la accionante puede mejorar, por lo que debe continuar el tratamiento médico. Así mismo precisa que el 6 de junio de 2023, dicha empresa, fue notificada del dictamen No. 16202302923 de 15 de junio de 2023, remitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quienes calificaron con una PCL 38.84%. De otro lado aduce que en el caso en particular considera que le corresponde a la AFP el pago de las incapacidades reclamadas, toda vez que las mismas son posteriores al día 180; lo anterior lo fundamenta en el artículo 52 de la ley 962 de 2005.

Por último, recuerda que respecto de lo aquí pretendido ya se han emitido diversas decisiones judiciales en las que se ha negado lo pretendido por la accionante, respecto de la empresa; motivo por el que considera que ha operado el principio de cosa juzgada y la acción de tutela promovida es temeraria; por lo que solicita se deniegue el amparo constitucional reclamado.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ: Expuso que mediante dictamen No. *“16202302923 del 05/06/2023 esta Junta calificó así: Diagnósticos: OTRAS ARTRITIS REUMATOIDEAS ESPECIFICADAS, OTRAS ESPONDILOSIS, OTRO DOLOR CRONICO, TRASTORNO DE LOS DISCO INTERVERTEBRALES, NO ESPECIFICADO, TRASTORNODE DISCO CERVICAL NO ESPECIFICADA. Origen: Enfermedad común. PCL: 38,84%Fecha de estructuración: 28/03/2023.”* Así mismo precisó que la aludida decisión fue notificada en debida forma a la accionante, sin que se encuentren pendiente ningún trámite administrativo respecto de aquella.

IPS CLINICA VIRREY SOLIS: La IPS, luego de realizar un recuento de su naturaleza y funciones, sostuvo que respecto de dicha institución existe falta de legitimación por pasiva, pues lo solicitado por la accionante escapa de sus competencias. Sostuvo que no ha trasgredido los derechos fundamentales de la señora Herrera Duque, motivo por el cual solicitó se deniegue por improcedente el amparo constitucional, respecto de dicha Institución.

DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL VALLE DEL CAUCA, DEL MINISTERIO DE TRABAJO: a través de la inspectora de trabajo y la seguridad social expuso que al no existir una presunta vulneración de los derechos por parte de dicha entidad, se abstendrá de efectuar pronunciamiento alguno sobre los hechos y pretensiones de la presente acción a fin de no emitir posición o concepto, que pueda inhibirlos de conocer de la actuación administrativa que puedan surtirse en esta Dirección Territorial en torno a éstos; lo anterior en virtud a que a la fecha aduce, la señora Alicia Herrera Duque, no ha radicado solicitud de investigación administrativa por los hechos relacionados en el escrito de la presente acción



de tutela, en contra de la empresa vinculada.

CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario establecido para hacer efectiva la protección actual e inmediata de los derechos fundamentales que haya resultado vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que determine la ley. Este despacho es competente para asumir el trámite constitucional iniciado por el accionante contra la accionada y resolver el problema jurídico traído a estudio.

Analizado el asunto de marras, se evidencia que, la accionante elevó la presente acción constitucional a fin de que se ordene a la accionada o a los vinculados, el reconocimiento y pago de *“las incapacidades médicas prescritas por enfermedad común, correspondientes a los períodos comprendidos entre el día 23 de noviembre del 2022 hasta el día 15 de mayo del presente año, y todas aquellas que se causen en adelante, hasta tanto exista calificación de invalidez en firme, sea por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez o la Junta Nacional de Calificación de Invalidez”* Por su parte la EPS accionada y los vinculados, pusieron de presente que la accionante ha presentado diversas acciones de tutela, indicando que los hechos ventilados en este mecanismo constitucional ya fueron analizados en oportunidad anterior y que las decisiones judiciales fueron desfavorables para los intereses de la accionante.

Establecido lo anterior, delantadamente le corresponde a esta servidora judicial verificar la posibilidad de existencia de un actuar temerario, verificando si las acciones de tutela impetradas con anterioridad fueron similares a la que aquí se estudia; pues de ello ser así deberá declararse la improcedencia del amparo reclamado; con fundamento en lo normado en el artículo 28 del Decreto 2591 de 2001; el que reza *“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.¹ 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.”*

Teniendo en cuenta lo pretendido por la accionante y analizado el recaudo probatorio se evidencia que luego de que se emitiera la incapacidad medica del 23 de noviembre de 2023; presentó acciones de tutela, contra la EPS Salud Total, el empleador Autosuperior SAS y la AFP Porvenir; esto es, en los meses de diciembre de 2022, febrero de 2023, mayo de 2023 y la aquí estudiada, en junio del presente año²

Así pues, se evidencia que, ante el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Cali, la señora Herrera Duque, formuló acción de tutela contra la Eps Salud Total y Autosuperior S.A.S, a fin de reclamar el pago de las incapacidades prescitas del *“13 al 30 de noviembre de 2022”*. Mediante sentencia No. 218 del 15 de diciembre de 2022, se resolvió negar la solicitud de amparo constitucional.

Luego, ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, se promovió acción similar, a fin de reclamar el pago de las incapacidades generadas en los siguientes periodos así: *“del 23 de noviembre de 2022 al 23 de diciembre de 2022, del 06 de enero de 2023 al 06 de febrero de 2023, del 17 de enero de 2023 al 17 de abril de 2023”*; dicha acción de tutela fue negada y la decisión fue confirmada por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali.

La aludida sentencia de segunda instancia, obrante en el archivo 12 del Expediente Electrónico³, se evidencia que los hechos en que se fundó la acción son similares, a los expuestos ante esta servidora judicial; así:

“1.1 Que se encuentra afiliada al SGSSS a través de Salud Total E.P.S., en calidad de cotizante dependiente de la empresa Autosuperior SAS.

1.2 Que es una mujer de 53 años de edad, cabeza de familia, y desde hace dos años sufre quebrantos de salud con diagnóstico de artritis reumatoide que no son tenidos en cuenta por la empresa para darle un trato digno

1.3 Que le han generado incapacidades las cuales ha radicado ante su empleador Autosuperior S.A.S., pero éste

¹ Inciso 1º declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. C054-93 del 18 de febrero de 1993, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

² Archivo 03ActaReparto Expediente Electrónico.

³ Paginas 88 -97 Expediente Electrónico.



no las ha radicado a la E.P.S., dejándola desprotegida de su mínimo vital, que es con lo que sobrevive y mantiene a su hijo de 14 años de edad.

1.4 Que la empresa le informa que debe realizar los trámites administrativos de radicar las incapacidades ante su E.P.S., pues le corresponde a dicha entidad asumir el pago.

1.5 Agregó que también tiene orden por especialista en reumatología y con medicina laboral del 17 de enero de 2023, la cual radicó el 18, donde solicita el pago de las incapacidades generadas así:

del 23 de noviembre de 2022 al 23 de diciembre de 2022,
del 06 de enero de 2023 al 06 de febrero de 2023,
del 17 de enero de 2023 al 17 de abril de 2023,

Que la incapacidad generada el 23 de noviembre de 2022 fue cancelada por Salud Total EPS, pero como no retiró oportunamente el dinero, desconoce qué pasó con el pago.

1.6 Explicó que radicó oficio a la E.P.S. solicitando cita con medicina laboral y remisión a la Junta de Calificación para que le realicen calificación de la pérdida de capacidad laboral, obteniendo respuesta negativa referida a que ellos no realizan el trámite y que ya habían remitido concepto favorable de recuperación a la A.F.P. Porvenir, a pesar de que, indica, según el médico tratante su padecimiento no tiene cura y es degenerativo.

1.7 Que actualmente tiene incapacidad hasta el 17 de abril de 2023 y no ha podido asistir a sus controles, terapias y cita con oftalmología porque no le han cancelado las incapacidades por no radicación por parte del empleador, vulnerando su mínimo vital pues vive de arriendo y no puede satisfacer sus gastos básicos del hogar.

1.8 Que las incapacidades generadas el 6 de enero de 2023 a 6 de febrero y la del 17 de enero al 17 de abril de 2023 no han sido radicadas por la EPS, pues ha solicitado dos veces el record de ellas y no aparecen”.

Así mismo, en dicha oportunidad, se estudiaron las acciones de tutela interpuestas por la señora Herrera Duque, con antelación así:

- a. El Juzgado 12 Penal Municipal de Cali, mediante fallo No. 189 del 28 de octubre de 2.022, resolvió negar la acción de tutela que en esa oportunidad tramitó la señora **ALICIA HERRERA DUQUE**, al establecer que llevaba incapacitada más de 180 días y, por tanto, le correspondía hacer los trámites pertinentes ante Porvenir para el pago de sus incapacidades, teniendo en cuenta que las mismas están pagas por el empleador hasta el 31 de octubre de 2.022.
- b. El Juzgado 20 Civil Municipal de Oralidad de Cali, mediante fallo No. 191 del 19 de octubre de 2.022, resolvió negar por improcedente la acción de tutela adelantada por la señora **ALICIA HERRERA DUQUE**, al advertir que la acción de amparo en estudio y el fallo de tutela proferido por el Juzgado 12 Penal Municipal de Cali, presentaban identidad de hechos y pretensiones.
- c. El Juzgado 34 Civil Municipal de Cali, mediante fallo No. 2018 del 15 de diciembre de 2.022, resolvió negar la acción de tutela propuesta por la señora **ALICIA HERRERA DUQUE**, instando a la accionante a que realizara los trámites necesarios ante la entidad respectiva para el pago de su incapacidad, cumpliendo con los requisitos exigidos por la ley.
- d. Por su parte, el juez de primera instancia resolvió negar la acción constitucional por identidad de partes, derechos, hechos y pretensiones con relación a los anteriores fallos judiciales ya señalados.

Luego, ante el Juzgado Treinta y Uno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, formuló acción de tutela, mediante la cual pretendió se ordene a la accionada que “pague las incapacidades generadas desde 23 de noviembre de 2.022 hasta el 15 de mayo de 2.023 y todas aquellas que se llegaran a generar.” La cual, mediante sentencia de fecha 6 de junio de 2023, es decir 3 días antes, de la interposición de la presente acción constitucional, resolvió declarar improcedente la acción de tutela.



Así misma obra en el expediente el escrito de tutela⁴, del cual se evidencia que en esencia contempla, similares hechos y pretensiones a los expuestos en esta oportunidad; así mismo se logra verificar que si bien en cada oportunidad la accionante ha dirigido la tutela, contra diferentes entidades, en cada estudio de la acción han estado vinculadas las mismas entidades. Establecido lo anterior, delantadamente se evidencia que la acción deprecada con anterioridad, tanto en el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali y Treinta y Uno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali; son idénticas a la aquí estudiada y en efecto se entrevé sin dubitación alguna que hay identidad en las partes, en los hechos y similar finalidad o pretensión, lo cual se traduce en la duplicidad de la acción.

La Corte Constitucional ha manifestado que **“Duplicidad en la interposición de la acción de tutela. (...)** Para la Corte Constitucional dicho ejercicio indebido es calificado como “temeridad”, pues se tiene como actitud contraria al principio de buena fe constitucional consagrado en el artículo 83 de la misma, cuyo ejercicio se describe como la interposición de tutelas idénticas; sin embargo, en el desarrollo interpretativo de dicha figura ha señalado que, si bien el Decreto 2591 de 1991, le otorga al juez de tutela, la facultad de rechazar o decidir desfavorablemente la solicitud impetrada, siempre que la presentación de más de una acción de amparo constitucional entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto se deberá identificar si el actuar del accionante (i) envuelve una actuación amañada, reservando para cada acción aquellos argumentos o pruebas que convaliden sus pretensiones; (ii) denote el propósito desleal de “obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable”; (iii) deje al descubierto el “abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción”; o finalmente (iv) se pretenda en forma inescrupulosa asaltar la “buena fe de los administradores de justicia”.

Cabe señalar que no sucede lo mismo y así lo ha advertido esta Corporación, cuando a pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones 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 demandante.”⁵

En ese orden de ideas y si bien, en el asunto analizado se observa la existencia de duplicidad en la acción de tutela, no se calificará como temerario el actuar del accionante, por considerar que, al parecer debido a su desconocimiento, su necesidad extrema de defender los derechos fundamentales que considera trasgredidos y su subjetivo e imperioso deseo que se proceda conforme a lo por el pretendido ha presentado nuevamente acción constitucional. Sin embargo, y como quiera que, no existe duda para este Despacho que, en el asunto bajo examen, lo pretendido y requerido ya fue objeto de estudio por otro Juez Constitucional no le queda otro camino a esta Juzgadora que despachar desfavorablemente lo solicitado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

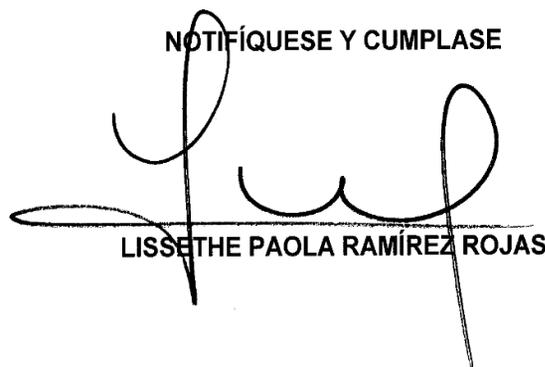
PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la tutela formulada por la señora **ALICIA HERRERA DUQUE** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes esta providencia, por el medio más expedito

TERCERO: Si la sentencia es impugnada remítase al Superior por medio digital, en el evento en que ello no ocurra, envíese el expediente digital a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

La Juez,


LISSETHE PAOLA RAMÍREZ ROJAS

⁴ Archivo 14 Expediente Electrónico.

⁵ Sentencia T-001 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.