

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS FLORENCIA - CAQUETÁ

Proceso : Acción de tutela
Radicación : 18-001-40-04-003-2022-00044-00
Accionante : **Dr. JOSÉ HERNAN CUELLAR ANGEL, apoderado de la señora MARÍA ELCY BOLAÑOS**
Accionado : **E.S.E. RAFAEL TOVAR POVEDA y OTROS**
Sentencia : **042**

Florencia, Caquetá, tres (03) de mayo de dos mil veintidós (2022)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por el **Dr. JOSÉ HERNAN CUELLAR ANGEL, apoderado judicial de la señora MARÍA ELCY BOLAÑOS** en contra de la **ESE RAFAEL TOVAR POVEDA y OTROS** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, debido proceso, al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana, entre otros.

2.- ANTECEDENTES

Funda el **Dr. JOSÉ HERNAN CUELLAR ANGEL**, su solicitud de amparo en favor de la señora **MARÍA ELCY BOLAÑOS**, bajo los siguientes hechos:

Que la señora **MARÍA ELCY BOLAÑOS**, sufrió un accidente de trabajo cuando se disponía a cumplir con su deber como auxiliar de laboratorio de la IPS HOSPITAL LOCAL SAN ROQUE de Belén de los Andaquíes – Caquetá; lo cual le ocasionó múltiples heridas en todo su cuerpo, al caerse de forma aparatosa de la motocicleta en la que se transportaba.

Fue atendida e incapacitada, hasta el día de hoy, o de la interposición de la presente Acción de Tutela y, se ha generado varios inconvenientes para el pago completo y oportuno de sus incapacidades, entre la señora accionante y el accionado.

Termina la narración de los hechos, indicando que la señora **MARÍA ELCY**, es una persona de escasos recursos económicos, quien no cuenta con otra fuente de ingresos para solventar sus gastos.

2.1. PETICIÓN

Solicita el accionante se tutelen los derechos fundamentales de su poderdante y, consecuentemente se ordene:

“1. Se ordene a las accionadas que realicen las gestiones necesarias, tendientes al pago de las incapacidades médicas temporales, generadas desde el mes de septiembre de 2021, hasta el mes de abril de 2022; así como el pago del mayor valor de todas las incapacidades generadas desde el 16 de septiembre de 2020, fecha de la ocurrencia del accidente laboral, en atención a que las mismas han sido generadas y pagadas como enfermedad común.”

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 19 de abril de 2022, correspondió por reparto a este despacho, la acción de tutela de la referencia¹, la cual se admitió mediante auto del 20 de abril de 2022², a través del cual se dispuso oficiar a la ESE accionada – RAFAEL TOVAR POVEDA y, a la compañía de seguros “POSITIVA”, para que, en el término legal de un (01) día se pronunciara sobre los hechos planteados en el escrito de tutela, al tiempo que, se realizó requerimiento a la parte accionante. Igualmente se vinculó al trámite tutelar, al Fondo de Pensiones y Cesantías “Porvenir” y, a la EPS “NUEVA EPS”.

4.- RESPUESTA DE LAS PARTES ACCIONADAS

4.1. La **ESE RAFAEL TOVAR POVEDA**, señaló que: “la entidad ha cumplido a cabalidad con el pago de las incapacidades médico legales respectivas de acuerdo a la norma y a la obligación que tenía con el empleado, de acuerdo al origen de la incapacidad allegada a la entidad.

Que esa entidad dejó de pagar las incapacidades con ocasión de la negativa al pago de las mismas por parte de la EPS – Nueva eps, y a su vez porque en el mismo oficio señalaban que legalmente el pago después de los 180 días de incapacitada le correspondían al fondo de pensiones.

Observan que de conformidad con los oficios emitidos por el fondo de pensiones – PORVENIR, ellos no han negado el pago de las mismas, sino que es la empleada – accionante, quien se ha negado a realizar el trámite legal señalado por PORVENIR, para el pago de las mismas, siendo culpa exclusiva de la usuaria el no pago de las incapacidades que ahora reclama”...

4.2. La **compañía de Seguros “POSITIVA”**, manifestó que: “Revisados los sistemas de información de la compañía, se pudo constatar que a la fecha (22-04-2022), NO contamos con solicitud y/o radicación de reconocimiento y pago de incapacidades temporales por parte de la empresa ESE RAFAEL TOVAR POVEDA, ni por parte de la accionante, por lo que por parte de POSITIVA compañía de seguros, no es posible predicar la vulneración de derecho fundamental alguno de la señora MARÍA ELCY.

Refiere además que una vez conocido el presente caso, POSITIVA Compañía de Seguros, NO es la entidad competente de realizar el pago del subsidio de

¹ Ver archivo “02ActaReparto” del expediente digital.

² Ver archivo “05AutoAdmiteTutela” del expediente digital.

incapacidad, teniendo en cuenta que nos encontramos ante diagnósticos tratados por la EPS de ORIGEN COMÚN, habida cuenta que todo diagnóstico que no sea calificado como laboral, se presume común, tal y como lo establece el decreto – Ley 1295 de 1994 y, la Sentencia T – 709 de 2016”.

4.3. La **EPS “NUEVA EPS”**, indicó que conforme a las reglas aplicables al pago de incapacidades, después de los 180 días, corresponde a la administradora del Fondo de Pensiones, por lo que estaríamos frente a una falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de la E.P.S.

Reseña también que se está transgrediendo el principio de subsidiariedad, toda vez que la jurisdicción idónea y eficaz para dirimir éste tipo de conflictos, NO es la constitucional, sino la laboral.

Termina destacando la improcedencia de la presente Acción de Tutela, por perseguir derechos netamente económicos.

4.4. El **Fondo de Pensiones y Cesantías “PORVENIR”** declara que: “De acuerdo con lo manifestado por el accionante en el escrito de tutela, donde informa que sufrió accidente laboral, el cual le genera secuelas en su salud, tanto de manera física, como laboral y personal, quien debe resolver la solicitud del accionante es la ARL a la que se encuentra afiliado el actor, y reconocer los pagos de incapacidades de los periodos solicitados en su escrito de tutela.”

5.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Corresponde a este Despacho analizar y conocer de la acción de tutela de la referencia, en razón a la entidad accionada –ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS–, lo anterior con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y, el artículo 1º, numeral 1 del Decreto 333 del seis (6) de abril de 2021, por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

5.2 De la acción de tutela

Sea lo primero señalar que la acción de tutela es un mecanismo cuya finalidad consiste en garantizar el disfrute de los derechos fundamentales en el evento en que estos hayan sido violados o amenacen ser violados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por los particulares. Además, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario al que se acude, en últimas, para remediar o evitar un perjuicio, no así una instancia respecto de los derechos reclamados.

Por otra parte, se debe manifestar que esta acción fue establecida para salvaguardar derechos de carácter fundamental correspondiéndole al Juez de tutela velar por la protección inmediata y eficaz de los derechos respectivos que puedan resultar vulnerados o amenazados en determinado momento, siendo conveniente recordar que proteger una situación mediante la acción de tutela genera, para el fallador, la responsabilidad de tener absolutamente claro que de por medio hay una violación lo suficientemente grave como para que se afecte el concepto de persona como entidad moral y de respeto, cuando advierte violación, quebrantamiento o amenaza a los derechos fundamentales del accionante.

5.3. **Legitimación.**

Así mismo, se observa que la acción de tutela es interpuesta por el Dr. JOSÉ HERNAN CUELLAR ANGEL, abogado de confianza de la señora MARÍA ELCY BOLAÑOZ, persona directamente afectada, por lo cual no existe ninguna duda frente a la *legitimación por activa*, pues se encuentra satisfecho el principio básico de autonomía que rige su interposición.

Frente a la *legitimación por pasiva*, se encuentra que la acción se interpone en contra de LA ESE RAFAEL TOVAR POVEDA y, la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, quienes presuntamente están desconociendo los derechos de la accionante; por lo cual existe legitimación en la causa por pasiva, en los términos de los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

5.4 **Problema Jurídico.**

Así las cosas, corresponde a este Despacho determinar si en el caso planteado por la accionante, se configura una violación a los derechos fundamentales a la vida, debido proceso, al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana, entre otros, de la señora MARÍA ELCY BOLAÑOZ, ante la presunta omisión de las accionadas de realizarle el pago de las incapacidades respectivas.

5.5 **Solución al Problema Jurídico.**

5.5.1 **Requisitos de Procedibilidad de la Acción de Tutela. Subsidiaridad e Inmediatez.**

Frente al cumplimiento del requisito de *inmediatez*, cabe señalar que, una vez verificados los hechos narrados por la accionante, se encontró que a la señora MARÍA ELCY BOLAÑOZ, se le envió oficio por parte de la ESE RAFAEL TOVAR POVEDA el pasado 25 de marzo de 2022, donde le solicitan la devolución completa e integral del dinero que recibió el día 11 de marzo de 2022, teniendo en cuenta que se encuentra en trámite la definición de su situación laboral, debido a que la EPS envió oficio a la ESE informándole que ella quedaba a cargo del Fondo de Pensiones, ya que lleva más de 180 días de incapacidad continua...;

En vista de lo anterior, se encuentra cumplido el mencionado requisito de inmediatez, toda vez que, a la fecha de presentación de la acción, habían transcurrido unos días después desde el acaecimiento del presunto hecho vulnerador, término que se considera razonable ante el carácter apremiante de la acción Constitucional.

En relación con el requisito de *subsidiariedad*, debe indicarse que, por su carácter residual o complementario, la acción de tutela únicamente procede en aquellos eventos en los cuales no existe otro mecanismo judicial de defensa o cuando, de existir, el medio alternativo es claramente insuficiente o ineficaz para brindar garantía a los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, o, igualmente, que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; en consecuencia, se procederá a estudiar por parte del Despacho, si, dentro del presente trámite tutelar, se da cumplimiento al mencionado requisito.

5.6. CASO CONCRETO

En este orden, debe determinarse si la ESE RAFAEL TOVAR POVEDA y/o, la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, están violando los derechos fundamentales de la señora MARÍA ELCY BOLAÑOZ, ante la presunta evasión del pago de la incapacidad que le fue otorgada.

De los documentos allegados al plenario, se avizó lo siguiente:

- La señora MARÍA ELCY BOLAÑOS, sufrió accidente de tránsito el día 16 de septiembre de 2020, que de acuerdo al reporte en la historia clínica, presenta *TRAUMA CONTUNDENTE EN HEMOCUERPO DERECHO, PREDOMINIO EN MIEMBROS SUPERIOR DERECHO CON MÚLTIPLES LACERACIONES Y ESCORIACIONES EN ARTICULACIÓN HÚMERO CUBITAL Y EN EXTREMIDAD INFERIOR IZQUIERDA CON TRAUMA CONTUNDENTE Y LACERACIÓN EN RODILLA DERECHA*
- Por lo anterior, le otorgaron inicialmente, incapacidad por tres (03) días.
- La señora MARÍA ELCY BOLAÑOZ, acudió el día 21 de septiembre de 2020, nuevamente al servicio médico, *presentaba mucho dolor e inflamación en el hombro derecho y la rodilla derecha, lo cual le impedía su movilización*, motivo por el que le ampliaron la incapacidad médica y, se ha venido prorrogando hasta el día de hoy.

Solicitó el apoderado judicial de la señora MARÍA ELCY BOLAÑOZ, que se ordene a las accionadas que realicen las gestiones necesarias, tendientes al pago de las incapacidades médicas temporales, generadas desde el mes de septiembre de 2021, hasta el mes de abril de 2022; así como el pago del mayor valor de todas las incapacidades generadas desde el 16 de septiembre de 2020, fecha de la ocurrencia del accidente laboral, en atención a que las mismas han sido generadas y pagadas como enfermedad común, sin embargo, verificada la documentación aportada por la parte actora en su

escrito de tutela, no se avizoró comprobante alguno de que la misma haya elevado requerimiento alguno ante el Fondo de Pensiones, vinculado, "PORVENIR", ni ante la ARL POSITIVA, ni ante la EPS vinculada (NUEVA EPS), requiriendo el pago que aquí reclama y, que, frente a lo mismo, las accionadas y vinculadas le hayan negado el pago de las incapacidades y, pese a haberse realizado dentro del Auto admisorio de la acción requerimiento al respecto, al apoderado de la accionante, el mismo no allegó documentación alguna que acreditara la petición a la EPS, a la ARL y, al Fondo de Pensiones, que le permitiera a esta Judicatura verificar si, en efecto, se presentaba una vulneración a los derechos fundamentales reclamados; por el contrario, manifiesta el apoderado que "NO ha presentado ni presentará reclamación alguna del pago de incapacidades ante la EPS – NUEVA EPS, ni el fondo de Pensiones PORVENIR, toda vez que se trata de un accidente laboral". Situación ante la cual, al no contar el Despacho con elementos de prueba que le permitan emitir un pronunciamiento frente a la presunta infracción que alega el petente, conlleva a declarar la improcedencia de la acción.

No es suficiente para el Despacho, la presentación de las incapacidades sólo ante el empleador, (ESE RAFAEL TOVAR POVEDA), toda vez que como bien se puede colegir del expediente, ya pasaron más de 180 días de incapacidad médica, cambiándose de ésta manera el escenario jurídico y, de donde se desprende que la accionante debe actuar frente a las otras entidades también.

Cabe resaltar que, la acción de tutela fue establecida como un mecanismo subsidiario, razón por la cual, le asiste a la parte actora, la obligación de demostrar que, previo a acudir al trámite Constitucional, agotó ante las encartadas, los trámites administrativos necesarios, en aras de conseguir de manera directa, el cumplimiento a sus pretensiones, razón por la que, no es procedente que, el mecanismo de amparo, se desnaturalice y se utilice como el medio principal para realizar trámite ante las entidades competentes; en consecuencia, le asistía a la parte actora la obligación de, previo a ejercer la acción de tutela, elevar requerimiento ante la EPS NUEVA EPS, ante el Fondo de Pensiones y Cesantías – PORVENIR y, ante la ARL POSITIVA, solicitando el pago de las incapacidades aquí reclamadas.

Es menester resaltar que, de cara a la acreditación de dichos supuestos, no basta la simple exposición de hipótesis ni la afirmación del acaecimiento de los mismos, sino que por el contrario se torna menester su comprobación y verificación dentro del trámite.

En relación con la carga de la prueba en materia de Acciones de Tutela ha señalado la Corte Constitucional³:

(...) un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de

³ Sentencia T 571 de 2015. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

un procedimiento preferente y sumario." Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio "**onus probandi incumbit actori**" que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho.

Ahora bien, frente a la improcedencia de la acción de tutela ante la no ocurrencia de acción u omisión vulneradora de derechos fundamentales por parte de la autoridad pública demandada o el particular accionado, el Alto Tribunal Constitucional indicó:

Con el objeto de "(...) garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)", el constituyente de 1991 estableció en el ordenamiento jurídico Colombiano la acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la Carta, perteneciente al capítulo 4º: "De la protección y aplicación de los derechos", del título II de la Norma Suprema Colombiana.

Así, el mencionado artículo contempló el derecho de toda persona a interponer acción de tutela "(...) para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, (...) 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 particulares, entre otros, que presten servicios públicos, o ante quienes el afectado se encuentre en una situación de indefensión o subordinación.

Concatenado a lo anterior, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política", previó la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales "(...) contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquier derecho [fundamental] (...)".

Esto no significa que las personas puedan acudir a la acción de tutela obviando los mecanismos de defensa judicial existentes para obtener resoluciones favorables a sus pretensiones, pues una de las características de la acción tuitiva de derechos fundamentales es la subsidiariedad. Esto, fue expresamente consagrado en el artículo 86, donde se señaló que la acción "(...) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)". De igual forma, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, consagró como causal de improcedencia la existencia de otros medios de defensa judicial, más se condicionó expresamente el acaecimiento de aquella a la eficacia de éstos y se estableció la posibilidad de interponer la tutela "(...) como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)".

En este orden de ideas, partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del mencionado Decreto, se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la

procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales. En otras palabras, no es procedente la acción de tutela cuando se acude a ella bajo una mera suposición, conjetura, o hipotética trasgresión a los derechos fundamentales. Al respecto, en sentencia T-066 de 2002, esta Corporación manifestó:

"(...) Con todo, ello no significa que los ciudadanos puedan desconocer los procedimientos establecidos por la ley en los diversos ordenamientos jurídicos, que para el caso que nos ocupa es la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, acudir a la acción de tutela bajo la suposición o conjetura de que se vulnerarán derechos fundamentales por actos negativos de la administración, sin darle a ésta siquiera la oportunidad de pronunciarse en ese o en otro sentido. No se puede llegar al absurdo de acudir a la acción de tutela sobre la base de actos que no se han proferido, esto no solo viola el debido proceso de las entidades públicas, que, valga repetirlo, también lo tienen, sino que, atentaría contra uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de asegurar la vigencia de un orden justo." (Subrayas fuera del original)

En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan y por ende no se encuentren en el campo de las meras especulaciones o hipótesis.⁴

El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, "cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991]". Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003 o la T-883 de 2008, al afirmar que "partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)", ya que "sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)"

Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, "ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermittiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos

⁴ Sentencia T-883 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería

específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos”.

Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.⁵

Se debe indicar además, que la jurisdicción natural e idónea para debatir éste tipo de situaciones, es la laboral, no la constitucional. Si bien es cierto se pretende que las accionadas realicen las gestiones necesarias tendientes al pago de las incapacidades, no es menos cierto que lo que se pretende son prestaciones económicas, solicitud o petitum que no se resuelve por la vía constitucional, máxime cuando no se probó tampoco vulneración o amenaza a derechos fundamentales.

De manera que, siendo la finalidad de la acción de tutela la protección de derechos fundamentales, al no poderse verificar su vulneración o amenaza, resulta improcedente conceder algún tipo de amparo.

Por lo expuesto, el JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE FLORENCIA, CAQUETÁ, administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo tutelar deprecado por el apoderado judicial de la señora MARÍA ELCY BOLAÑOZ, conforme a las consideraciones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes este fallo por el medio más expedito.

TERCERO: De no ser impugnado el presente fallo, **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión. (Decreto 2591 de 1991, art. 31).

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



JUAN CARLOS CHURTA BARCO
Juez

⁵ Sentencia T-130 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.