El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 20 de marzo de 2018

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma Improcedente

Radicación Nro. : 66001-31-10-001-2018-00030-01

Accionante: JAMR

Accionado: NUEVA EPS

Magistrado Ponente: EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO INCAPACIDADES / EXISTENCIA DE TUTELA ANTERIOR / INCUMPLIMIENTO DE LA ACCIONADA DEBE TRAMITARSE POR INCIDENTE DE DESACATO / SUBSIDIARIEDAD / IMPROCEDENTE.** De entrada se advierte que dicho reclamo está llamado al fracaso, teniendo en cuenta que, como se pudo constatar, el actor, en pretérita oportunidad ya había presentado acción de tutela respecto de similares hechos y derechos cuya protección ahora reclama, que en su oportunidad el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 29 de junio de 2017, le concedió la protección constitucional invocada frente a la entidad accionada (fls. 67-68 ib.)

(…)

Así las cosas, el amparo se torna improcedente por cuanto es claro que existe otro mecanismo judicial idóneo para dirimir la situación planteada y la tutela no está llamada a prosperar cuando se cuenta con otros medios de defensa, como lo es, formular el respectivo incidente de desacato ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, escenario propicio para resolver la inconformidad del actor suscitada en torno al supuesto incumplimiento de lo ordenado en la sentencia proferida por ese despacho, referente al pago de las demás incapacidades que le fueran expedidas, para así determinar si dicho incumplimiento fue total o parcial y las razones que lo motivaron; incluso, para verificar si la situación se allana a los lineamientos que la jurisprudencia ha señalado últimamente sobre el trámite de un incidente de desacato.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Acta Nº 081 de 20-03-2018

Referencia: 66001-31-10-001-**2018-00030-01**

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por el señor JAMR, frente a la sentencia proferida el día 7 de febrero de 2018, por el Juzgado Primero de Familia de Pereira, dentro de la acción de tutela promovida por el opugnante, contra la NUEVA EPS, trámite al que fueron vinculados el MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y la sociedad GRUPO DE APOYO LOGÍSTICO Y COMERCIAL SAS.

**II. ANTECEDENTES**

1. El actor impetró el amparo constitucional al considerar que la entidad accionada vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. Está afiliado a la NUEVA EPS en calidad de empleado de la sociedad GRUPO DE APOYO LOGÍSTICO Y COMERCIAL SAS.

2.2. El 27 de junio de 2017, se le expidió una incapacidad con inicio ese mismo día y fecha final el 16 de julio del mismo año, para un término total de 20 días.

2.3. La incapacidad fue radicada ante la NUEVA EPS el 11 de agosto de 2017, por medio de la página web de dicha entidad, para que fuera liquidada, lo que no se ha concretado, menos aún el pago de la misma.

3. Pide, conforme a lo relatado, se ordene a la NUEVA EPS, el pago de la incapacidad expedida entre el 27 de junio y el 16 de julio de 2017, para un total de 20 días.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Primero de Familia de Pereira, que impartió el trámite legal (fl. 26 C. Ppal.), se vinculó al MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y a la sociedad GRUPO DE APOYO LOGÍSTICO Y COMERCIAL SAS, se dispuso su notificación y traslado (fls. 27-30 ib.).

4.1. El representante legal de la sociedad GRUPO DE APOYO LOGÍSTICO Y COMERCIAL SAS, se pronunció sobre todos y cada uno de los hechos de la demanda y solicitó que se ordene a la NUEVA EPS realizar el pago de la incapacidad expedida a nombre del señor JAMR, el 27 de junio de 2017 por un término de 20 días, toda vez que desde el momento en que este fue vinculado como trabajador de esa empresa, se han realizado oportunamente los pagos al Sistema Integral de Seguridad Social. (fls. 31-33 ib.).

4.2. La NUEVA EPS, reconoce que el señor JAMR es su afiliado. En cuanto al pago de los 20 días de incapacidad generados del 27 de junio al 16 de julio de 2017, aclara que el actor cuenta con una acción de tutela en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, radicada 2017-195, cuyo fallo ordenó cancelar las incapacidades generadas por la patología de “Estrechez Uretral, no especificada” e “Hiperplasia de la Próstata”, por lo que se debe rechazar de plano el amparo impetrado, ante la temeridad y mala fe por la duplicidad en la presentación de las acciones constitucionales. Solicita declarar que no se incurrió en vulneración de derecho fundamental alguno, toda vez que los hechos y pretensiones objeto de protección ya fueron debatidos en la acción de tutela 2017-195 por parte del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira. Como petición subsidiaria se le faculte para obtener el recobro frente al FOSYGA por la totalidad de los valores que deba sufragar en cumplimiento del fallo de tutela. (fls. 51-56 ib.).

4.3. El MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL guardó silencio.

**III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La profirió el Juzgado Primero de Familia de Pereira, que declaró improcedente el amparo constitucional, al considerar que el actor cuenta con una tutela anterior donde el fallador de instancia se pronunció sobre lo pedido, sin que existan hechos nuevos, busca la satisfacción de idénticas pretensiones y demanda a la misma parte; pero sin lugar a considerarla temeraria, por lo que no impuso sanción alguna. Previno al señor JAMR, para que a futuro se abstenga de formular el mismo amparo, debiendo hacer las solicitudes a que hubiere lugar al interior de la acción de tutela que le fue concedida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad. (fls. 70-73 ib.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por el señor JAMR, aclarando que la sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira resolvió sobre el no pago de las incapacidades generadas entre el 23 de noviembre de 2016 y el 5 de enero de 2017, diferente a lo ahora solicitado, relacionado con la comprendida del 27 de junio al 16 de julio de 2017, pues lastimosamente cada que se expide una incapacidad a su nombre, debe acudir a la justicia ordinaria para que sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social sean amparados por los jueces, porque de lo contrario la NUEVA EPS se niega a pagarla. Solicita que se conceda el amparo invocado y se declare que en ningún caso ha actuado con temeridad. (fls. 76-78 ib.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado. (Art. 86 C.P., Decreto 2591 de 1991 y Decreto 1382 de 2000).

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si la acción de tutela es procedente para ordenar a la NUEVA EPS el pago de la incapacidad expedida entre el 27 de junio y el 16 de julio de 2017, pese a que ya existe un amparo constitucional que se pronunció en ese sentido, como lo decidió el a quo.

3. En reiteradas consideraciones la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, ha llegado a la conclusión de que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud, cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social. El alto Tribunal ha entendido que, tratándose de incapacidades laborales, estos pagos se constituyen en el medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud ha visto reducida la capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia[[1]](#footnote-1).

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. En el asunto bajo estudio, el señor JAMR, interpuso acción de tutela al considerar que la NUEVA EPS, vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, al negarse a pagarle la incapacidad expedida entre el 27 de junio y el 16 de julio de 2017, por 20 días.

2. De entrada se advierte que dicho reclamo está llamado al fracaso, teniendo en cuenta que, como se pudo constatar, el actor, en pretérita oportunidad ya había presentado acción de tutela respecto de similares hechos y derechos cuya protección ahora reclama, que en su oportunidad el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 29 de junio de 2017, le concedió la protección constitucional invocada frente a la entidad accionada (fls. 67-68 ib.), y ordenó *“...a la NUEVA EPS cancelar en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, las incapacidades que el médico tratante le ordenó al señor JAMR, por 14 y 30 días, para un total de 44 días. Así como las demás incapacidades que en lo sucesivo ordene su médico tratante, y que se deriven de la patología denominada: “Estrechez Uretral, no especificada” e “Hiperplasia de la Próstata”.”*. (Subrayas fuera del texto original).

Además, se encuentra acreditado que el accionante en esta ocasión está solicitando el pago de la incapacidad expedida entre el 27 de junio y el 16 de julio de 2017, la cual se le otorgó por el diagnóstico de “ESTRECHEZ URETRAL, NO ESPECIFICADA” (fl. 6 ib.)

3. La Corte Constitucional desde tiempo atrás, refiriéndose a las facultades del juez constitucional frente a la materialización de sus decisiones, contempladas en el decreto 2591 de 1991, por medio del trámite de cumplimiento y el incidente de desacato de las sentencias de tutela, y reiterado en sentencia T-226 de 2016, expuso:

*“(…)*

*La norma precisa que las órdenes consignadas en los fallos de tutela estimatorios deben asegurar que quien formuló la acción goce plenamente de los derechos fundamentales que le fueron vulnerados y que, si es posible, retorne a la situación en la que se encontraba antes del momento de su lesión. Si la infracción denunciada se presentó a raíz de una omisión, el fallo debe asegurar que la conducta omitida se realice. Si, en cambio, la tutela se promovió ante la amenaza de un derecho fundamental, el juez debe ordenar que cese e impartir las medidas necesarias para evitar que el derecho comprometido vuelva a ser violado, perturbado o restringido.*

*34. Desde ese punto, el juez de tutela debe centrar su atención en la ejecución de lo ordenado en la sentencia. Y lo debe hacer valiéndose de los dos mecanismos procesales que el Decreto 2591 ideó para ello: el trámite de cumplimiento y el incidente de desacato.*

*(…)*

*La razón de ser de ambos mecanismos es, en últimas, lograr que la orden de tutela se ejecute. De ahí que puedan tramitarse simultánea o sucesivamente. Lo importante, ha dicho la jurisprudencia, es que el juez de tutela logre sortear las dificultades prácticas y formales que impiden que el ciudadano disfrute de su derecho en las condiciones contempladas en la decisión que lo protegió[[2]](#footnote-2).*

*(…)*

*40. El Decreto 2591 de 1991 compromete al juez de tutela con el pronto acatamiento de sus sentencias estimatorias. En aras de la materialización de ese propósito, lo habilita para requerir al responsable del cumplimiento, cuando hayan transcurrido 48 horas sin que las órdenes de amparo se hayan satisfecho.[[3]](#footnote-3) Si el requerimiento no conduce al cumplimiento del fallo, el juez adquiere competencia para adoptar, directamente, “todas las medidas” para el restablecimiento del derecho o a eliminación de las conductas que lo amenazan.*

*Eso involucra la facultad de realizar nuevos requerimientos, de practicar pruebas y, en fin, de tomar los correctivos que en su criterio puedan impulsar la materialización de lo ordenado[[4]](#footnote-4). También comprende, como se ha dicho, la obligación de iniciar el incidente de desacato, cuando las medidas de impulso procesal no hayan propiciado el cumplimiento[[5]](#footnote-5).*

*41. En el ámbito del incidente de desacato, la labor del juez constitucional consiste en verificar: i) a quién se dirigió la orden; ii) en qué término debía ejecutarla; iii) y el alcance de la misma, para, entonces, determinar iv) si la orden fue cumplida o si hubo un incumplimiento total o parcial y v) las razones que motivaron el incumplimiento. Resueltos esos interrogantes, deberá examinar la responsabilidad subjetiva del obligado[[6]](#footnote-6), para, finalmente, imponer las sanciones del caso, si verifica un ánimo de evadir la orden impartida en el fallo de tutela.*

*No puede perderse de vista, sin embargo, que la finalidad del incidente va más allá de la imposición de una sanción al particular o a la autoridad responsable del incumplimiento. El acatamiento del fallo no puede resignarse, por eso, al efecto persuasivo que la inminente imposición de la sanción pueda generarle al obligado. Mientras el trámite incidental avanza, el juez sigue habilitado para adoptar las medidas de impulso procesal que conduzcan a acelerar el pleno acatamiento de las órdenes de amparo.*

*(…)*

*44. Establecido así cuáles son los alcances y los límites de las herramientas de las que pueden valerse los jueces de tutela para lograr la concreción de la protección que conceden sus providencias, la Sala concluirá este acápite precisando, solamente, que es el juez de primera instancia el funcionario competente para adoptar las medidas descritas. Es a él, en efecto, a quien le incumbe hacer cumplir las órdenes de amparo impartidas en las sentencias de tutela, incluso si se trata de decisiones de segunda instancia o de las que profiere esta corporación en sede de revisión.”*

4. Así las cosas, el amparo se torna improcedente por cuanto es claro que existe otro mecanismo judicial idóneo para dirimir la situación planteada y la tutela no está llamada a prosperar cuando se cuenta con otros medios de defensa, como lo es, formular el respectivo incidente de desacato ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, escenario propicio para resolver la inconformidad del actor suscitada en torno al supuesto incumplimiento de lo ordenado en la sentencia proferida por ese despacho, referente al pago de las demás incapacidades que le fueran expedidas, para así determinar si dicho incumplimiento fue total o parcial y las razones que lo motivaron; incluso, para verificar si la situación se allana a los lineamientos que la jurisprudencia ha señalado últimamente sobre el trámite de un incidente de desacato[[7]](#footnote-7).

5. En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia impugnada, pero se adicionará para desvincular al MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y a la sociedad GRUPO DE APOYO LOGÍSTICO Y COMERCIAL SAS, pronunciamiento que se omitió por el despacho de primera instancia.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de febrero de 2018, por el Juzgado Primero de Familia de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, pero se adiciona para desvincular al MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y a la sociedad GRUPO DE APOYO LOGÍSTICO Y COMERCIAL SAS.

**Segundo**: Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Tercero**: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Sentencia T-140 de 2016 [↑](#footnote-ref-1)
2. “Por encima de las dificultades prácticas y trabas formales, el juez está llamado a tomar las medidas que se requieran para que, en realidad, la persona afectada pueda disfrutar de su derecho. Una sentencia de tutela no puede quedar escrita, tiene que materializarse en conductas positivas o negativas a favor de las personas cuyo derecho fue amparado”. (Sentencia T-086 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda). [↑](#footnote-ref-2)
3. Si el responsable es servidor público, el requerimiento debe dirigirse a su superior, para que haga cumplir la sentencia y lo investigue disciplinariamente. Si pasan otras 48 horas sin que el amparo concedido se haya satisfecho, el juez ordenará abrir proceso contra el superior. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sobre el tema, señala la Sentencia SU-1158 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy): “En consecuencia, el juez competente debe estar permanentemente alerta para que la orden de tutela sea cumplida y, aún de oficio, debe emplear todos los mecanismos necesarios para que el derecho fundamental no sea violado o no se amenace su violación. Para tal fin, el juez encargado de hacer cumplir la orden de tutela, debe aplicar no solamente el artículo 27 del decreto 2591 de 1991, sino el artículo 23 del decreto 2591 de 1991 que lo faculta para establecer todos los efectos para el caso concreto, evitar toda nueva violación y amenaza, perturbación o restricción y disponer todo “lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos”. La Sentencia T-632 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy), a su turno, indica: “Entre dichas medidas se encuentran, por ejemplo, la facultad de decretar y practicar pruebas y de ajustar las órdenes dictadas para lograr la efectiva protección del derecho tutelado. Ciertamente, dado que el juez de primera instancia mantiene las facultades y obligaciones constitucionales que le son otorgadas en la etapa del juzgamiento, está facultado –incluso obligado- para ejercer su actividad probatoria a fin de establecer si se ha dado cumplimiento a la orden impartida y para asegurar la efectiva protección a los derechos fundamentales de los peticionarios”. [↑](#footnote-ref-4)
5. El trámite de desacato es, en efecto, uno más de los mecanismos judiciales de los que puede disponer el juez para promover la satisfacción de su sentencia. El juez puede, por lo tanto, darle apertura al incidente cuando considere que, en los términos del Decreto 2591 de 1991, resulta necesario y apropiado para lograr que las órdenes que impartió se cumplan. Es posible que tal propósito se alcance a través de un incidente de desacato, pero puede, también, que el cumplimiento no se logre por esa vía. Ante tal escenario, el juez debe activar las demás medidas que considere pertinentes para el efecto. [↑](#footnote-ref-5)
6. El juez debe valorar el incumplimiento a la luz de las circunstancias específicas que lo motivaron en el caso concreto. En los términos de la jurisprudencia constitucional, esto supone que deba valorar si existió una imposibilidad absoluta -jurídica o fáctica- para acatar lo ordenado y considerar las medidas positivas que, de buena fe, haya realizado el obligado en aras de la materialización del amparo (Sobre este punto en particular, puede revisarse la Sentencia T-553 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán). La Corte ha advertido, en todo caso, que se puede imponer una sanción por desacato cuando la orden impartida por el juez de tutela no fue precisa y cuando el obligado quiso cumplir la orden, pero no se le dio la oportunidad de hacerlo (Cfr. Sentencia T-068 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas). [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL, sentencia STC463 de 2017, M.P. Luís Armando Tolosa Villabona. [↑](#footnote-ref-7)