

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2020-00371-00

ACCIONANTE: LORENA SMITH MÉNDEZ PIÑEROS

ACCIONADA: SALUD TOTAL E.P.S.

VINCULADA: CIPLAS S.A.S.

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los quince (15) días del mes de octubre del año dos mil veinte (2020), procede éste Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por la señora **LORENA SMITH MÉNDEZ PIÑEROS**, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la Seguridad Social, a la Salud, a la Dignidad Humana y el Mínimo Vital, presuntamente vulnerados por **SALUD TOTAL E.P.S.**

RESEÑA FÁCTICA

Afirma la accionante, que se encuentra vinculada laboralmente con la empresa CIPLAS S.A.S. desde el 23 de noviembre de 2013.

Que ejerce el cargo de operaria de fileteado, con un salario de \$1.383.000.

Que el 18 de julio de 2020 presentó síntomas de Covid-19, e informó a su jefe directo.

Que el 19 de julio de 2020 acudió por urgencias a SALUD TOTAL E.P.S. pero le fue asignada consulta prioritaria para el 23 de julio de 2020.

Que el 23 de julio de 2020, el médico tratante le ordenó la prueba de Covid-19, y aislamiento preventivo.

Que nunca le fue practicada la prueba de Covid-19, pese a los constantes requerimientos que efectuó a la E.P.S.

Que el 03 de agosto de 2020 su empleador la envió a la I.P.S. EVALUASALUD donde se le practicó el examen SARS CoV2 COVID-19 ANTICUERPOS IgG, con resultado positivo.

Que el 05 de agosto de 2020, SALUD TOTAL E.P.S., a través de tele-orientación, le indicó que sí tuvo Covid-19 pero que ya lo había superado, razón por la cual le fue levantado el aislamiento, y se le indicó que no era necesaria la prueba PCR-RT Molecular Hisopado.

Que el 24 de septiembre de 2020 elevó una petición a SALUD TOTAL E.P.S. con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la incapacidad por el tiempo que permaneció en aislamiento.

Que el 26 de septiembre de 2020, SALUD TOTAL E.P.S. resolvió la petición informando que no era procedente la incapacidad, toda vez que no existe evidencia clínica de la misma.

Que el 08 de agosto de 2020 se reintegró a su trabajo, siendo notificada por su empleador que debía reponer el tiempo que permaneció en aislamiento.

Que la labor se debe ejecutar necesariamente de manera personal.

Que es una mujer de escasos recursos económicos, madre cabeza de familia, y por ello requiere el pago de las incapacidades.

Por lo anterior, solicita se ordene a **SALUD TOTAL E.P.S.** el reconocimiento y pago de las incapacidades producto del aislamiento ordenado por el contagio de Covid-19.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

SALUD TOTAL E.P.S.

La accionada allegó contestación el 08 de octubre de 2020 en la que manifestó que la accionante se encuentra afiliada a la E.P.S. en calidad de cotizante dependiente y en estado de afiliación activo.

Que acudió por urgencias el 19 de julio de 2020, por presentar malestar general, dolor de cuerpo, cabeza y garganta.

Que en la valoración efectuada, la paciente no presentaba deficiencias respiratorias y no tenía tos, razón por la cual fue direccionada a cita prioritaria.

Que el 23 de julio de 2020 fue valorada por medicina general a través de tele-orientación, y le fue ordenada la toma de muestras para estudio de Covid-19.

Que el 05 de agosto de 2020, fue valorada nuevamente y como quiera que se encontraba en aislamiento desde hacía 18 días y se encontraba asintomática, el médico tratante le levantó la medida de aislamiento y le indicó que retornar a laborar.

Que la prueba realizada por la I.P.S. EVALUASALUD no puede tenerse en cuenta como un diagnóstico.

Que si la prueba serológica IgM/IgG es positiva, o IgG positivo/IgM negativo, se trata de un caso probable, por lo que se requiere realizar estudio de contactos y seguimiento cercano de su evolución clínica, autocuidado y uso de elementos de protección personal.

Que a la paciente NO le fue realizada la prueba diagnóstica o confirmatoria para Covid-19 debido a que al 05 de agosto de 2020 ya se encontraba recuperada, y por lo tanto, no resultó procedente para el médico tratante generar incapacidad.

Que su actuar ha sido oportuno, pertinente y diligente, en cumplimiento de las directrices establecidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Por lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela por cuanto no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante.

CIPLAS S.A.S.

La vinculada allegó contestación el 02 de octubre de 2020, indicando que la accionante labora en la empresa desde el 23 de noviembre de 2013.

Que está afiliada a todas las entidades del sistema de seguridad social, y se han realizado los aportes de forma puntual.

Que todas las incapacidades médicas han sido reconocidas y pagadas.

Que la accionante fue enviada a aislamiento, pero no se le informó sobre el tratamiento, citas o instrucciones médicas que le fueron brindadas por la E.P.S.

Que la accionante no presenta enfermedades de base, porque el asma alérgico no es considerado como tal, y porque la patología de trastorno mixto de ansiedad y depresión solo tuvo 12 días de incapacidad, los cuales finalizaron en enero de 2020.

Que la accionante no se encuentra en tratamientos médicos, según lo informado por ella misma al área de recursos humanos de la empresa.

Que remitió a la accionante para la práctica de la prueba de serología, en atención a que se encontraba en aislamiento y no tenían conocimiento de su estado de salud.

Que el resultado de la prueba fue POSITIVO ANTICUERPOS IgG y NEGATIVO ANTICUERPOS IgM, lo que significa que sí tuvo Covid-19, pero que en la actualidad ya había superado el contagio por lo que no es portadora ni transmisora del virus.

Que desconoce las solicitudes radicadas por la accionante ante la E.P.S.

Que respetó el aislamiento de la trabajadora, pese a no contar con incapacidad médicas.

Que en atención a las directrices brindadas por el Gobierno Nacional, le reconoció una licencia remunerada por los 20 días de aislamiento.

Que durante la licencia remunerada pagó los salarios, a fin de que no se viera afectado su mínimo vital.

Que una vez reincorporada a sus labores, le informó que debía reponer el tiempo en los horarios y días que creyera más convenientes.

Que no le ha impuesto un horario extra ni trabajo en días festivos.

Que se encuentra reubicada en el área de maquila por motivos de salud, y que esta labor sólo puede ser desarrollada de manera presencial en las instalaciones de la empresa.

Que no es madre cabeza de familia, pues vive en unión libre con Jhon Alexander Jerez Rocha, padre de su hijo, según lo manifestado al área de recursos humanos al momento de solicitar una licencia de luto por el fallecimiento de sus suegros.

Que no es la llamada a responder por cuanto no es una entidad de seguridad social, y tampoco está obligada a pagar incapacidades que no fueron emitidas, ni mucho menos a pagar salarios sin la prestación personal del servicio.

Por tanto, solicita que la presente acción sea negada en atención a que no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea los siguientes problemas jurídicos: ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, dadas las particularidades del caso concreto? ¿Se vulneran los derechos fundamentales a la Seguridad Social y al Mínimo Vital de la señora **LORENA SMITH MÉNDEZ PIÑEROS** por parte de **SALUD TOTAL E.P.S.** y/o el empleador **CIPLAS S.A.S.**, al negarle el pago de las incapacidades laborales?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES POR MEDIO DE ACCIÓN DE TUTELA (T-008 DE 2018)

De conformidad con el artículo 86, la acción de tutela tiene carácter residual, toda vez que procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se

utilice para evitar un perjuicio irremediable. El cumplimiento de este mandato ha sido denominado requisito de subsidiariedad y tiene como finalidad “reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”¹.

En la Sentencia T-530 de 2017, la Corte Constitucional dijo al respecto:

“La acción de tutela no es un mecanismo principal para la protección de derechos, sino que tiene un carácter extraordinario. Ello no implica que quien encuentre amenazados sus derechos fundamentales, deba agotar absolutamente todos los medios de defensa que existan, sino sólo aquellos que sean idóneos y eficaces para dar solución al problema planteado.

La idoneidad se predica de la existencia de un procedimiento pertinente y conducente para solucionar la controversia jurídica. En tanto que la eficacia es la posibilidad de que el medio que se reputa idóneo genere una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad en un plazo razonable”².

Así las cosas, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria.

Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital³.

En la Sentencia T-920 de 2009, la Corte Constitucional expuso:

“...esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”.

¹ Corte Constitucional. Sentencias T-139 de 2017, T-106 de 2017, T-633 de 2015, T-603 de 2015, T-291 de 2014, T-367 de 2008, T-580 de 2006.

² Sentencias T-263 de 2017 y T-530 de 2017.

³ Sentencia T-140 de 2016.

La idoneidad de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades también se fundamenta en que la omisión en el cumplimiento de tal obligación puede generar un perjuicio irremediable, como fue señalado en la Sentencia T-468 de 2010:

“Es así, como a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, esta Corporación ha reiterado, que cuando no se pagan oportunamente las incapacidades debidamente certificadas al trabajador y con ello se vulneran de paso derechos constitucionales, el juez de tutela se legitima para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar”.

De esta manera, el estudio sobre la subsidiariedad en los casos de acciones de tutela en las cuales se reclame el pago de incapacidades laborales debe realizarse de manera flexible, máxime si quien impetra el amparo es una persona que, debido a su estado de salud, se encuentra en estado de debilidad manifiesta, como fue señalado por la Corte en la Sentencia T-182 de 2011:

“Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente. La Corte ha sostenido que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional...”.

Tales consideraciones fueron reiteradas en las Sentencias T-097 de 2015 y T-140 de 2016 en donde se hizo énfasis en la idea de que, en el caso de las incapacidades laborales, se deben analizar las circunstancias concretas de cada caso para verificar si existe la posibilidad de consumación de un perjuicio irremediable.

En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN (T-401 DE 2017 y T-246 DE 2018)

En el tema de las incapacidades, es importante distinguir tres conceptos: El **certificado de incapacidad temporal**, el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de *“un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica”* y, por tanto, en su emisión *“el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada”*. Éste genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

Desde un primer momento, el Legislador estableció un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral. En el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, determinó que los mismos se ofrecerían *“en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional”* y determinó tanto la cantidad por la que serían reconocidos como los sujetos obligados a otorgarlos. Igualmente, el Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común. En virtud de esta norma, los dictámenes médicos determinan si la reincorporación debe hacerse al mismo puesto de trabajo o a otro compatible con la capacidad física del trabajador.

Después, el Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9º de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de *“un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de[l] (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días”*.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS

siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

AISLAMIENTO PREVENTIVO POR CONTAGIO DE COVID-19

Respecto a los periodos de aislamiento preventivo por contagio del Covid-19 o sospecha de contagio, el Decreto 1109 de 2020 estableció las medidas que deben tomarse con el fin de que los trabajadores continúen percibiendo ingresos a pesar de la necesidad de la medida que restringe la prestación de los servicios.

Para los casos en los que la prueba médica de Covid-19 sea positiva, y el personal médico no encuentre necesario que el paciente sea incapacitado, el artículo 8 ibídem determina que por parte del empleador se debe dar prioridad para que el trabajador pueda realizar su labor a través de teletrabajo:

“Artículo 8. Sostenibilidad del aislamiento para los afiliados a los Regímenes Contributivo y Subsidiado de salud. Los afiliados cotizantes al Régimen Contributivo que sean diagnosticados con Covid - 19 contarán con los recursos económicos derivados de la incapacidad por enfermedad general o por enfermedad laboral, según corresponda, que reconozcan la Entidades Promotoras de Salud o las Administradoras de Riesgos Laborales para garantizar el aislamiento de ellos y su núcleo familiar.

Los afiliados cotizantes al Régimen Contributivo que sean diagnosticados con Covid - 19 y frente a los cuales el médico tratante considera que no es necesario generar una incapacidad por las condiciones físicas en las que se encuentra, serán priorizados para realizar teletrabajo o trabajo en casa, durante el término del aislamiento obligatorio.”

El Ministerio de Salud, en el Concepto No. 202031300943191 del 24 de junio de 2020, dio una serie de parámetros frente a la forma como deben proceder empleadores y EPS cuando se ordena a un trabajador un periodo de aislamiento preventivo, tanto en los casos donde existe un diagnóstico positivo de contagio de Covid-19, como en aquellos casos en los que no existe prueba médica sobre el padecimiento de dicha enfermedad:

“Una incapacidad médica corresponde a aquella situación de inhabilidad física o mental de una persona para desempeñarse laboralmente por un tiempo determinado. En este sentido, en caso de presentarse una o varias condiciones médicas derivadas del diagnóstico de COVID-19 o cualquier otro diagnóstico, el médico tratante deberá expedir la correspondiente incapacidad médica, en virtud de la autonomía médica establecida por el artículo 105 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 17 de la Ley Estatutaria en Salud, Ley 1751 de 2015.

Por lo anterior, las EPS reconocerán y pagarán, previo cumplimiento de las 4 semanas de cotización requeridas, las incapacidades en los casos calificados como de origen común y las ARL reconocerán y pagarán las incapacidades calificadas de origen laboral.

Ahora bien, para los casos de aislamiento preventivo sin que medie el diagnóstico del COVID-19 o algún otro diagnóstico que amerite la expedición de una incapacidad médica, a criterio de esta Dirección y en concordancia con lo establecido por el Gobierno Nacional a través del Ministerio del Trabajo, se determinaron unas medidas que se pueden utilizar para la protección de los trabajadores no incapacitados y con indicaciones de aislamiento preventivo (...).

De conformidad con lo expuesto por el Ministerio de Salud, en aquellos casos en que se ordene un periodo de aislamiento preventivo, sin que medie prueba médica que compruebe la presencia del virus en el organismo, el empleador puede aplicar, en la medida de sus posibilidades, alguna de las medidas dispuestas por el Ministerio del Trabajo en las Circulares 022 y 033 de 2020, debiendo permitirle al trabajador prestar sus servicios a través de cualquiera de las modalidades de teletrabajo.

Por lo anterior, el empleador durante la emergencia sanitaria podrá hacer uso de cualquiera de las siguientes opciones adoptadas por el Gobierno Nacional con el fin de conservar los empleos: i) Trabajo en casa, ii) Teletrabajo, iii) Jornada laboral flexible, iv) Vacaciones anuales, anticipadas y colectivas, v) Permisos remunerados, vi) Licencia remunerada compensable, vii) Modificación de la jornada laboral y concertación de salario, viii) Modificación o suspensión de beneficios extralegales, y ix) Concertación de beneficios convencionales.

Finalmente, se debe tener en cuenta, que el periodo de aislamiento preventivo no puede prologarse indefinidamente, pues por disposición legal, el termino máximo es de 14 días: *“Artículo 4. Medidas preventivas de aislamiento y cuarentena. Las medidas preventivas de aislamiento y cuarentena adoptadas en la Resolución 380 de 2020, serán aplicadas por un término de 14 días”.*

Terminado este periodo, el empleador debe permitir el reintegro del trabajador a sus labores, a menos que el médico tratante dictamine que debe ampliarse el periodo de aislamiento preventivo, caso en el cual se debe aplicar nuevamente las medidas establecidas en las circulares expedidas por el Ministerio del Trabajo y en el Decreto 1109 de 2020.

CASO CONCRETO

La señora **LORENA SMITH MÉNDEZ PIÑEROS** interpone acción de tutela contra **SALUD TOTAL E.P.S.**, por considerar que la negativa de dicha entidad en reconocer y pagar las incapacidades por el aislamiento por Covid-19, vulnera sus Derechos Fundamentales a la Seguridad Social, a la Salud, a la Dignidad Humana y al Mínimo Vital.

En atención a la naturaleza prestacional del derecho que se reclama, es necesario, previo a realizar un análisis de fondo, determinar si en el presente caso se cumple el requisito de **subsidiariedad** de la acción de tutela, o si por el contrario debe acudirse al mecanismo ordinario de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Al respecto, el Despacho considera, que en este caso no se cumple el requisito de subsidiariedad para que la discusión se ventile por medio de la acción de tutela, por las razones que se pasan a exponer:

Como se esbozó en el marco normativo de esta providencia, para la procedencia del mecanismo constitucional es imprescindible acreditar que no se cuenta con otros medios de defensa judicial, o que teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

En este caso, la discusión deviene del reconocimiento y pago de unas incapacidades no reconocidas a la accionante, es decir, se trata de un conflicto económico-jurídico de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, tal como se desprende de la lectura del artículo 2° del C.P.T., modificado por el artículo 2° de la Ley 712 de 2001:

“La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos, 5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad...”

No obstante, la accionante no acudió al juez ordinario laboral para la resolución de su conflicto, sino que, consideró prioritario acudir a la acción de tutela, frente a lo cual se debe decir, que prescindir de la Jurisdicción Ordinaria en un caso como éste, comportaría la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal.

Ahora, en lo relativo a la idoneidad y a la eficacia del mecanismo ordinario, considera el Despacho que no pueden estar supeditadas a la voluntad de la interesada de ejercer o no su derecho de acción, sino a la efectiva demostración de que el mecanismo ordinario ha sido agotado y pese a ello persiste la vulneración.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado, que un proceso ordinario laboral es idóneo para proteger los derechos fundamentales que eventualmente podrían estar en juego. Lo anterior, debido a que el objetivo de un proceso de esa naturaleza es solucionar los conflictos de orden laboral y de la seguridad social, contando con mecanismos de recaudo de pruebas que sin lugar a dudas permiten resolver los problemas en discusión y adoptar las medidas que eventualmente sean necesarias para la protección de los derechos afectados.

De este modo, ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, que en este caso corresponde a un proceso ordinario laboral eficaz e idóneo, la presente acción de tutela tan solo podría llegar a ser procedente como *mecanismo transitorio* de protección en el evento que se comprobara que la accionante se encuentra sometida a la posible materialización de un perjuicio irremediable.

Sin embargo, en este caso no hay prueba alguna de la afectación inminente, urgente, grave e impostergable del derecho al mínimo vital de la accionante, por lo siguiente:

Está probado que la accionante permaneció en aislamiento preventivo desde el 19 de julio hasta el 07 de agosto de 2020, por presentar síntomas de contagio de Covid-19, y que no le fue otorgada incapacidad médica por parte de **SALUD TOTAL E.P.S.**

En el hecho catorce de la acción de tutela, la accionante adujo: *“Soy una mujer de escasos recursos económicos, madre cabeza de familia y me parece totalmente injusto que SALUD TOTAL EPS no se responsabilice ni se solidarice con el pago de las incapacidades, ya que ellos no realizaron la Prueba rRT- PCR virus SARS CoV-2 COVID-19 ANTICUERPOS (hisopado nasofaríngeo) con resultado POSITIVO para nuevo coronavirus...”*.

Sin embargo, con la tutela no aportó prueba documental alguna que demuestre su condición de madre cabeza de familia, tampoco allegó declaraciones extraprocesales, facturas o recibos que acrediten la dependencia económica de algún familiar, ni probó la imposibilidad para solventar sus gastos personales y familiares, por ejemplo, porque las incapacidades constituyan la única fuente de ingresos.

Por el contrario, el empleador **CIPLAS S.A.S.** en su contestación manifestó, que respetó el aislamiento preventivo de la trabajadora y que, a fin de garantizarle el mínimo vital, pagó los salarios durante el período de aislamiento, bajo la figura de una licencia remunerada para ser compensada con tiempo una vez retornara a sus labores.

Como prueba de su dicho, aportó 4 comprobantes de pago de nómina correspondientes a las 2 quincenas del mes de julio y las 2 quincenas del mes de agosto de 2020, en los cuales se evidencia el pago del salario sin ningún tipo de descuento. Adicionalmente, allegó certificado de aportes de “Compensar-Mi Planilla” en el que se observan las cotizaciones a salud y pensión durante el período de aislamiento.

Por otro lado, en la actualidad no se evidencia vulneración alguna al mínimo vital de la accionante, por cuanto retornó a sus labores el día 08 de agosto de 2020, fecha desde la cual ha devengado su salario con normalidad, garantizando así su congrua subsistencia y la de su núcleo familiar.

En ese entendido, no existen argumentos razonables para sostener que en este caso concreto no se pueda acudir al proceso ordinario laboral y esperar los resultados del mismo, por cuanto al analizar las condiciones de vulnerabilidad de la accionante (i) no se encuentra en una situación de inminente riesgo que demande de su protección por la vía residual de la acción de tutela, dado que siempre ha tenido garantizado su mínimo vital con el pago de su salario, (ii) ni tampoco carece de resiliencia, esto es, de capacidad para esperar la finalización de la vía judicial ordinaria por parte del juez laboral, quien es el llamado a calificar si procede o no el reconocimiento de la incapacidad.

Ahora bien, si en gracia de discusión se analizara la conducta de **SALUD TOTAL E.P.S.** al negarse a realizar la prueba PCR-RT Molecular Hisopado que diagnosticara el contagio positivo de COVID-19 para la posterior expedición de la incapacidad médica, el Despacho no advierte la vulneración de algún derecho fundamental.

Según la contestación de **SALUD TOTAL E.P.S.**, el 23 de julio de 2020 atendió a la accionante mediante tele-orientación, ordenó la prueba PCR-RT Molecular Hisopado para determinar si estaba o no contagiada de Covid-19, y ordenó el aislamiento preventivo. Señaló, que en consulta realizada el 05 de agosto de 2020 y en atención a que la paciente llevaba 18 días de aislamiento y se encontraba asintomática, el médico tratante decidió levantar el aislamiento preventivo. Y agregó, que analizado el cuadro clínico y la historia clínica de la paciente, no se encontró suficiente soporte para otorgar la incapacidad.

Dicha conducta no vulnera ningún derecho fundamental. Una incapacidad médica corresponde a aquella situación de inhabilidad física o mental de una persona para desempeñarse laboralmente por un tiempo determinado. En este sentido, en caso de presentarse una o varias condiciones médicas derivadas del diagnóstico de Covid-19, el médico tratante deberá expedir la correspondiente incapacidad médica, en virtud de la autonomía médica establecida por el artículo 105 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 17 de la Ley 1751 de 2015. Precisamente, en este caso concreto, el médico tratante de la accionante, después de haber analizado el cuadro clínico y la historia clínica, consideró que no era procedente el otorgamiento de la incapacidad.

Ahora bien, como se dijo en el marco normativo de esta providencia, el artículo 8 del Decreto 1109 de 2020 establece que los afiliados cotizantes al Régimen Contributivo que sean diagnosticados con Covid-19 y frente a los cuales el médico tratante considera que no es necesario generar una incapacidad por las condiciones físicas en las que se encuentra, serán priorizados para realizar teletrabajo o trabajo en casa, durante el término del aislamiento obligatorio.

En el mismo sentido, el Ministerio de Trabajo conceptuó el 24 de junio de 2020, señalando que para los casos de aislamiento preventivo sin que medie el diagnóstico del Covid-19 o algún otro diagnóstico que amerite la expedición de una incapacidad médica el empleador puede recurrir a las medidas determinadas en las Circulares 021 y 033 de 2020.

En cumplimiento de esa directriz, el empleador **CIPLAS S.A.S.** decidió conceder a la accionante una licencia remunerada compensable, misma que se encuentra establecida en la Circular 033 del Ministerio de Trabajo, así: *“1. Licencia remunerada compensable: Si bien las licencias remuneradas comúnmente conocidas, previstas en el Código Sustantivo del Trabajo, son la licencia de maternidad y paternidad, licencia por luto y licencia por grave calamidad doméstica, la legislación permite al empleador conceder licencias remuneradas cuando así lo considere, razón por la cual las partes de la relación laboral podrían concertar el otorgamiento de dichas licencias, pudiendo incluso acordar un sistema de compensación.”*

De esa manera, el empleador garantizó el mínimo vital de la accionante durante el aislamiento pues realizó el pago de salarios y aportes al Sistema de Seguridad Social, sin ningún tipo de descuento, actuar que se considera legítimo a la luz de las normas citadas, toda vez que la licencia remunerada compensable se encuentra establecida en la normatividad acuñada por el Gobierno Nacional para proteger el empleo en épocas de pandemia. Por esa razón, tampoco se advierte una conducta violatoria de algún derecho fundamental por parte del empleador.

En conclusión, en el presente asunto:

- (i) Existe una vía idónea (acción ordinaria laboral) que aún no ha sido agotada;
- (ii) No se percibe la ocurrencia de un perjuicio irremediable, o una situación que revista tal gravedad, o que ponga a la accionante en situación de indefensión, de manera que amerite la intervención del juez constitucional.

En consecuencia, concluye el Despacho, que la presente acción de tutela es improcedente por no satisfacer el requisito de subsidiariedad.

Se desvinculará a **CIPLAS S.A.S.** por falta de legitimación en la causa por pasiva.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de **LORENA SMITH MÉNDEZ PIÑEROS** en contra de **SALUD TOTAL E.P.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

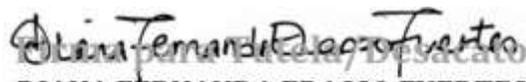
SEGUNDO: DESVINCULAR a **CIPLAS S.A.S.** por falta de legitimación en la causa.

TERCERO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día hábil siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

CUARTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ