

**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: 11001-41-05-008-2020-00474-00**

**ACCIONANTES: JOSÉ OMAR CARO MARCIALES**  
**SERVIBOY LTDA.**

**ACCIONADA: COMPENSAR E.P.S.**

**VINCULADA: FORJA EMPRESAS S.A.S.**

**SENTENCIA**

En Bogotá D.C., a los dos (02) días del mes de diciembre del año dos mil veinte (2020), procede éste Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por el señor **JOSÉ OMAR CARO MARCIALES** y la empresa **SERVIBOY LTDA.**, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la Seguridad Social y el Mínimo Vital, presuntamente vulnerados por **COMPENSAR E.P.S.**

**RESEÑA FÁCTICA**

Afirman los accionantes, que el señor **JOSÉ OMAR CARO MARCIALES** está vinculado laboralmente con la empresa **SERVIBOY LTDA.** a través de un contrato a término fijo.

Que el señor **JOSÉ OMAR CARO MARCIALES** se encuentra afiliado a **COMPENSAR E.P.S.** desde el 27 de mayo de 2016.

Que el 14 de julio de 2020, el señor **JOSÉ OMAR CARO MARCIALES** llamó a su E.P.S. con la finalidad que le fuera practicada la prueba de Covid-19, por cuanto tenía los síntomas.

Que desde el 15 de julio de 2020 se aisló de forma voluntaria.

Que el 19 de julio de 2020, la empresa FORJA EMPRESAS S.A.S. realizó la prueba de Covid-19 al señor JOSÉ OMAR CARO MARCIALES y ordenó aislamiento preventivo por 14 días.

Que el 13 de agosto de 2020, le fue notificado el resultado positivo de la prueba de Covid-19 que le fue practicada el 19 de julio de 2020.

Que el 28 de agosto de 2020, en tele-consulta, el médico tratante de la E.P.S. le informó que ya se podía reincorporar a sus labores.

Que el señor JOSÉ OMAR CARO MARCIALES le solicitó incapacidad, pero le fue negada.

Que durante el periodo de aislamiento, desde el 14 de julio hasta el 28 de agosto de 2020, no se le concedió incapacidad médica.

Que como quiera que no existía incapacidad médica, ni prestación personal del servicio, no se le reconoció remuneración alguna por parte de SERVIBOY LTDA.

Por lo anterior, solicita se ordene a **COMPENSAR E.P.S.** la expedición, reconocimiento y pago de las incapacidades durante el periodo de aislamiento preventivo por el diagnóstico de Covid-19.

### **CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

#### **COMPENSAR E.P.S.**

La accionada allegó contestación el 24 de noviembre de 2020, en la que manifiesta que el señor JOSÉ OMAR CARO MARCIALES se encuentra afiliado a la E.P.S. en calidad de cotizante dependiente y su estado de afiliación es activo.

Que ha prestado todos los servicios requeridos por el accionante, brindando la última atención el 28 de agosto de 2020, oportunidad en la cual el paciente solicitó un certificado de levantamiento de aislamiento.

Que el señor JOSÉ OMAR CARO MARCIALES no registra incapacidades, ni licencias radicadas para su reconocimiento económico en lo que va del año 2020.

Que el médico tratante que valoró al paciente, consideró que por el estado de salud no era necesaria la expedición de una incapacidad médica.

Que las incapacidades no pueden ser reconocidas de manera retroactiva, es decir, no se puede solicitar al médico tratante que prescriba una incapacidad que él no consideró se debía dar con anterioridad.

Que el certificado de aislamiento no es una incapacidad médica pues no cumple con los requisitos exigidos en la Ley para tal fin.

Que al ordenarse el aislamiento preventivo, el trabajador debe cumplirlo y a su vez el empleador debe garantizar el empleo y el salario, conforme ha dispuesto el Gobierno Nacional.

Que si el trabajador no podía desempeñar sus labores mediante tele trabajo o trabajo en casa, el empleador debía otorgar vacaciones o licencias remuneradas compensables.

Que no se está vulnerando el derecho fundamental al mínimo vital del accionante, pues en la actualidad se encuentra recibiendo ingresos como trabajador de SERVIBOY LTDA.

Por lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela por cuanto no ha vulnerado derecho fundamental alguno, y la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para resolver la controversia por cuanto existen otros mecanismos de defensa.

#### **FORIAS EMPRESAS S.A.S.**

La vinculada allegó contestación el 23 de noviembre de 2020, en la que no se pronuncia frente a los hechos y pretensiones de la tutela, pero aporta la historia clínica del señor JOSÉ OMAR CARO MARCIALES, el resultado de la prueba de Covid-19, el certificado de aislamiento y las incapacidades concedidas.

#### **SERVIBOY LTDA.**

La empresa accionante allegó contestación al requerimiento realizado por el Juzgado, en la que manifiesta que durante el periodo de aislamiento el señor JOSÉ OMAR CARO MARCIALES no percibió ingreso alguno por cuanto no prestó el servicio.

Que las funciones del señor JOSÉ OMAR CARO MARCIALES, como vigilante de la bodega Avenida Cali del Centro Automotor Diesel S.A., solo pueden ser realizadas de forma presencial por la naturaleza del cargo.

Que al señor JOSÉ OMAR CARO MARCIALES le fueron concedidas vacaciones entre el 16 de junio de 2020 y el 06 de julio de 2020, y por lo tanto, para la fecha en que inició el aislamiento preventivo no acumulaba los días necesarios para disfrutar del siguiente periodo vacacional.

## 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 médicas, dadas las particularidades del caso concreto? En caso de ser procedente ¿Se vulneran los derechos fundamentales a la Seguridad Social y al Mínimo Vital del señor **JOSÉ OMAR CARO MARCIALES** por parte de **COMPENSAR E.P.S.** al negarle la expedición, reconocimiento y pago de las incapacidades durante el periodo de aislamiento preventivo por el diagnóstico de Covid-19?

### 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.

### LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

Este caso en particular obliga a revisar si existe, por parte de la empresa **SERVIBOY LTDA.**, legitimidad o interés para solicitar la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por **COMPENSAR E.P.S.**

Según lo indicado por la jurisprudencia constitucional, v. gr. la Sentencia **SU-073 de 2015**, y las disposiciones superiores pertinentes (artículo 86 C.P.), un primer requisito de procedibilidad de la acción de tutela es la exigencia de que quien solicite el amparo, se encuentre "*legitimado en la causa*" para presentar la solicitud de protección de sus

derechos fundamentales. La legitimación “por activa” exige que el derecho cuya protección se invoca, sea un derecho fundamental radicado en cabeza del demandante y no, en principio, de otra persona (T-697 de 2006).

La relevancia constitucional de la legitimación por activa, no puede considerarse una exigencia nimia sino por el contrario necesaria en la protección y garantía adecuada de los derechos fundamentales en los términos de la Sentencia T-899 de 2001, al indicarse que obedece al verdadero significado que la Constitución Política le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-799 de 2009, se refirió a la legitimación en la causa como un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, en los siguientes términos:

*“La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.”*

*“La legitimación por activa es... requisito de procedibilidad. Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona... Adicionalmente, la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante, y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente”.*

Al respecto, el artículo 86 de la Constitución Política, permite que la tutela pueda ser ejercida por el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados: *“(i) en forma directa, (ii) por medio de representante legal (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas), (iii) a través de apoderado judicial o (iv) por intermedio de agente oficioso, siempre que el interesado esté imposibilitado para promover su defensa; o (v), por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”*

En relación con la agencia oficiosa, el artículo 86 señala que la acción de tutela puede ejercerla toda persona *“... por sí misma o por quien actúe a su nombre”* para la protección

inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. En el mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que *“También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos **no esté en condiciones de promover su propia defensa**. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”*.

En esos términos, la agencia oficiosa en materia de tutela es un instrumento procesal de origen constitucional, por el cual se busca la eficacia de principios como la efectividad de los derechos constitucionales (artículo 2º C.P.), la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 C.P.), y la solidaridad social (artículos 1º y 95.2 C.P.), así como una faceta del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.P.).

Sin embargo, la Corte ha establecido que la relevancia constitucional de la agencia oficiosa no implica que su ejercicio no pueda ser regulado, al punto que ha sostenido que ésta sólo opera cuando el titular del derecho no puede asumir su defensa personalmente, debido a que es la persona que considera amenazado un derecho fundamental quien decide, de manera autónoma y libre, la forma en que persigue la protección de sus derechos constitucionales, y determina la necesidad de acudir ante la Jurisdicción (T-312 de 2009).

A partir de estos lineamientos, la Corte ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que los elementos normativos que informan la agencia oficiosa son los siguientes:

*“(i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos (iv) La ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente”*. (T-799 de 2009).

Como puede verse, los dos primeros elementos son constitutivos de la agencia oficiosa, en tanto que el tercero y el cuarto son accesorios. Así, sobre los dos primeros puede decirse que, son condiciones necesarias pero no suficientes para la configuración de la agencia oficiosa, en tanto que su conjunción es suficiente para legitimar la actuación del agente. El tercer elemento es de carácter interpretativo, y el cuarto se refiere a la posibilidad excepcional de suplir el primero, si se presentan ciertos actos positivos e inequívocos del interesado durante el trámite de la acción.

Frente al primer requisito, la Corte ha sostenido que por el carácter informal de la acción de tutela, la consagración de fórmulas sacramentales está proscrita ya que basta con que se infiera del contenido de la tutela que se obra en calidad de agente para que se entienda surtido dicho requisito.

En relación con el segundo aspecto, la Corte ha precisado que la prueba de la incapacidad del titular del derecho debe existir y tener siquiera carácter sumario. La incapacidad a la que se hace referencia, atenúa la concepción tradicional de la misma (referida a minoría de edad o alienación mental) y se extiende a la incapacidad física o mental del legítimo titular del derecho para iniciar por sí mismo la demanda; o bien, derivarse de especiales circunstancias socioeconómicas, tales como el aislamiento geográfico o la situación de especial marginación o indefensión en que se encuentre el afectado para asumir la defensa de sus derechos. Por ello, es un deber del juez de tutela efectuar la evaluación de la *imposibilidad* a partir de los antecedentes del caso concreto.

### **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*”<sup>1</sup>.

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”<sup>2</sup>.*

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Sentencias T-263 de 2017 y T-530 de 2017.

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 vital<sup>3</sup>.

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”.*

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*

---

<sup>3</sup> Sentencia T-140 de 2016.

*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**

El señor **JOSÉ OMAR CARO MARCIALES** y la empresa **SERVIBOY LTDA.**, interponen acción de tutela contra **COMPENSAR E.P.S.**, por considerar que la negativa de dicha entidad en expedir, reconocer y pagar las incapacidades por el aislamiento por Covid-19, vulnera sus Derechos Fundamentales a la Seguridad Social y al Mínimo Vital.

Previo a estudiar de fondo el asunto, se debe indicar que la empresa **SERVIBOY LTDA.** carece de legitimación en la causa por activa, por cuanto el único titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en este caso concreto, es el señor **JOSÉ OMAR CARO MARCIALES**, dado que la omisión en la expedición y el pago de incapacidades solo puede afectar los derechos de él y no de terceros como en este caso sería su empleador.

Además, la empresa **SERVIBOY LTDA.** no manifiesta estar actuando como agente oficioso del trabajador, entre otras cosas, porque no está probado que él no esté en condiciones de asumir su propia defensa.

En ese orden, se concluye la falta de legitimación por activa de la empresa **SERVIBOY LTDA.** para iniciar el presente trámite constitucional, al carecer de habilitación legal para actuar como parte actora, como quiera que no es el titular de los derechos fundamentales.

En consecuencia, al no haber sido superado este requisito de procedibilidad, se denegará la acción de tutela por improcedente respecto del accionante **SERVIBOY LTDA**.

Frente a la legitimación en la causa por activa del señor **JOSÉ OMAR CARO MARCIALES**, la misma no se encuentra en discusión, como quiera que es el titular de los derechos fundamentales invocados en la presente acción constitucional.

Sin embargo, en atención a la naturaleza prestacional y económica del derecho que se reclama, considera el Despacho, que en el presente caso no se cumple el requisito de **subsidiariedad** para que la discusión se ventile por medio de la acción de tutela, sino que por el contrario, debe acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, 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 al 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, el 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 del interesado 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 el accionante se encuentra sometido 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 del accionante, por lo siguiente:

Está probado con las documentales allegadas por **FORJA EMPRESAS S.A.S.**, que el señor **JOSÉ OMAR CARO MARCIALES** permaneció en aislamiento preventivo desde el 19 de julio hasta el 12 de agosto de 2020 por presentar síntomas de contagio de Covid-19, y que no le fue expedida ni reconocida incapacidad médica por parte de **COMPENSAR E.P.S.**

No obstante, en el escrito de tutela el accionante no manifestó ninguna afectación *iusfundamental* como consecuencia del no reconocimiento y pago de las incapacidades solicitadas, no adujo una situación económica precaria, no dijo ser padre cabeza de familia, no indicó que las incapacidades constituyan su única fuente de ingresos, ni que carezca de recursos para solventar sus necesidades básicas o las de su familia, así como tampoco aportó prueba -siquiera sumaria- que acredite alguna de dichas circunstancias.

En síntesis, el accionante no alegó ni demostró tener comprometido su mínimo vital o alguna otra circunstancia especial que amerite la intervención del Juez Constitucional.

Nótese, que las incapacidades que reclama corresponden a los meses de julio y agosto de 2020, esto es, prestaciones económicas causadas hace más de 3 meses. Este periodo de inactividad del accionante para reclamar las acreencias adeudadas, descarta la urgencia

de la protección solicitada por vía de tutela, pues el tiempo durante el cual él asumió sus obligaciones económicas sin la prestación cuyo reconocimiento ahora reclama, no permite deducir una situación de apremio que faculte al juez constitucional a analizar el fondo de la controversia planteada.

Por el contrario, una situación de urgencia habría provocado un ejercicio previo de esta acción constitucional o de acciones ordinarias dirigidas a conjurar la eventual vulneración del derecho. Además, el accionante no manifestó las razones para justificar su inactividad, pues no identificó circunstancia alguna que le hubiera impedido iniciar la acción de tutela previamente.

Es importante señalar, que en la actualidad no se evidencia vulneración alguna al mínimo vital del actor, por cuanto retornó a sus labores el día 29 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 efecto, la empresa **SERVIBOY LTDA.**, tanto en el escrito de tutela como en la respuesta al requerimiento realizado por el Juzgado, manifestó que el señor **JOSÉ OMAR CARO MARCIALES** se reincorporó a sus labores como vigilante en las instalaciones de la empresa CENTRO AUTOMOTOR DIESEL S.A., el día 29 de agosto de 2020.

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 del 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, (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 definir si procede o no el reconocimiento de la incapacidad.

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 al 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 **FORJA EMPRESAS 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 **SERVIBOY LTDA.** en contra de **COMPENSAR E.P.S.**, por falta de legitimación en la causa por activa, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela de **JOSÉ OMAR CARO MARCIALES** en contra de **COMPENSAR E.P.S.**, por las razones expuestas en esta providencia.

**TERCERO: DESVINCULAR** a **FORJA EMPRESAS S.A.S.** por falta de legitimación en la causa por pasiva.

**CUARTO:** 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](mailto:j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**QUINTO:** 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**