

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECIOCHO PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS
BOGOTA D.C.**

RADICADO 11001400880182020008300
ACCIONANTE: LUIS FERNANDO VARGAS SANCHEZ
ACCIONADO: COMPENSAR EPS
DECISION: NO CONCEDE TUTELA
CIUDAD Y FECHA BOGOTA D.C. SEPTIEMBRE CUATRO (4) DE DOS MIL VEINTE (2020)

OBJETO A DECIDIR

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela elevada por el señor **LUIS FERNANDO VARGAS SANCHEZ** contra la representación legal de la **EPS COMPENSAR** con sede en la ciudad de Bogotá, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la igualdad.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Hechos jurídicamente relevantes.

El accionante afirmó dentro del escrito de la demanda que a la fecha de presentación de su demanda se encuentra vinculado a la empresa A&E EXPRESS en el cargo de verificador. El 23 de julio de 2020 advirtió tener los síntomas comunes asociados al COVID 19: fiebre alta, dolor de cabeza y garganta, dificultad para respirar, por lo que en acatamiento de lo dispuestos por los Decretos del orden nacional y Distrital decidió aislarse voluntariamente en su residencia. El 28 de julio de los corrientes se presentó al servicio de urgencias de la Cruz Roja por cuenta de la **EPS COMPENSAR; en el** lugar en el que le fue tomada la prueba de COVID y se le ordenó un aislamiento por el lapso de catorce (14) días. El 11 de agosto de 2020 recibió el resultado de la prueba, siendo el aquel positivo.

Agregó el accionante que desde el 24 de julio de 2020 se comunicó con **COMPENSAR EPS**, solicitando de esa entidad le fuera expedida la incapacidad médica para ser presentada ante su empleador, en atención a que la naturaleza de sus funciones laborales no le permitía cumplir con la modalidad del trabajo en casa. No obstante las diferentes solicitudes que se hicieron en igual sentido, el señor **VARGAS SANCHEZ** asegura que no obtuvo respuesta por parte de la **EPS**.

2. Pretensiones de la demanda.

Solicita al Juzgado el señor **LUIS FERNANDO VARGAS SANCHEZ**: **i.** Que se amparen sus derechos al mínimo vital, trabajo e igualdad; **ii.** Se ordene a **COMPENSAR EPS** que emita incapacidad a su nombre por el periodo comprendido entre el 23 de julio de 2020 y el 12 de agosto del mismo año; **iii.** Se ordene a **COMPENSAR EPS** el pago de las acreencias económicas que se derivan del reconocimiento de la incapacidad cm producto del periodo de aislamiento obligatorio como consecuencia del diagnóstico positivo de COVID 19.

CONSIDERACIONES Y DECISION DEL DESPACHO

1. Competencia.

Es éste Juzgado competente para entrar a decidir la solicitud de Tutela de la referencia, de acuerdo con el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 y el Num. 1 del artículo 1 del decreto 1382 de 2000.

2. Del caso concreto.

2.1. Del problema jurídico a resolver.

Conforme lo antes descrito, el Juzgado fijar el problema jurídico a resolver así: se violentó el derecho fundamental al mínimo vital y a la igualdad del señor **LUIS FERNANDO VARGAS SANCHEZ**, por la representación legal de **COMPENSAR EPS**, al negar el reconocimiento y pago de la incapacidad generada por la cesación de sus jornadas de trabajo, como consecuencia del aislamiento obligatorio derivado del resultado de laboratorio positivo para el COVID 19?

2.2. Marco jurídico de la pretensión de la demanda.

Conforme los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la descripción de la demanda y a efectos de la eventual decisión a sr adoptada dentro de esta sentencia, estima el Juzgado necesario considerar que:

- a. La generación de una incapacidad médica como consecuencia de una enfermedad de origen común o profesional, es una decisión exclusiva del médico tratante, adoptada en el ejercicio de su autonomía profesional y con pleno respeto por los principios de beneficiencia y oportunidad que gobiernan las intervenciones en salud. Premisa que se desprende de la regla general dispuesta por el artículo 17 de la Ley Estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015, por la que se reguló la prestación del derecho fundamental a la Salud:

"Artículo 17. Autonomía profesional. Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica.

Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad r del paciente. La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias. !

Parágrafo. Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas o dádivas a profesionales y trabajadores de la salud en el marco de su ejercicio laboral, sean estas en dinero o en especie por parte de proveedores; empresas farmacéuticas, productoras, distribuidoras o comercializadoras de medicamentos o de insumos, dispositivos y/o equipos médicos o similares."

Conforme con lo anterior, se infiere, se excluye la injerencia de autoridades administrativas y/o judiciales en las decisiones adoptadas por los profesionales en salud. En el ejercicio de la autonomía profesional un médico, en el legal desempeño de su profesión, puede estimar que las condiciones de salud de su paciente no lo imposibilitan desde el punto de vista físico y/o psicológico para desempeñarse de forma adecuada y suficiente en su rol social, y en consecuencia se abstiene de expedir una incapacidad médica; esa decisión no puede ser objeto de impugnación por parte de una autoridad, sin que ello signifique un insostenible daño al respeto por la libertad y autonomía profesional, prescrito como principio general por la Ley Estatutaria de Salud.

- b. Si pese a lo anterior se advirtiera un comportamiento negligente y omisivo por parte del profesional en salud, y si fuera posible desprender de allí una conclusión que indicara que en su momento sí existía toda la información objetiva necesaria para la expedición de una orden de incapacidad por enfermedad, lo cierto es que no habría lugar a su reconocimiento retroactivo.

La Resolución No 2266 de 1998¹ es clara al sentar esa prohibición, incluso señalando las circunstancias taxativas bajo las cuales sería posible la expedición de una licencia con vigencia retroactiva:

"ART. 12.—De la expedición de certificados de incapacidad en eventos ocurridos con retroactividad a la fecha de atención.

No se puede expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva en el caso de pacientes de atención ambulatoria.

¹ La Resolución 2266 de 1998 fue expedida por el antiguo Instituto de los Seguros Sociales, como marco de regulación para la expedición y pagos de los periodos de incapacidad por enfermedad de sus afiliados. Con el desmonte de esa entidad se perdió el objeto de regulación de la Resolución. No obstante, las entidades prestadoras del servicio de salud que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social, continúan aplicando las reglas contenidas en ese acto administrativo. El Ministerio de Salud respalda la extensión temporal en la aplicación de los términos de la Resolución y mantiene la vigencia de la norma, según se lee recientemente en el concepto No 201911601083761 de 2019.

PAR.—Se exceptúan de esta prohibición aquellos casos en los cuales se determina que el episodio de ausentismo laboral tuvo origen en trastornos de la memoria, confusión mental, desorientación en tiempo y espacio y otras alteraciones de la esfera psíquica, como consecuencia de patología siquiátrica, causas orgánicas o intoxicación con sicotrópicos y/o alcohol y accidentes de trabajo que generen politraumatismo severo. En estos eventos el certificado lo puede expedir únicamente el médico especialista tratante y su retroactividad no debe ser superior a treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de expedición.

Así mismo se exceptúan aquellos casos de atención ambulatoria plenamente justificados, siempre y cuando la retroactividad no sea superior a tres (3) días calendario, dejando el médico tratante expresa constancia del hecho en la historia clínica.”

- c. El caso concreto conduce la atención del Juzgado a un escenario diferente al planteado por las normas ordinarias que regentan el funcionamiento del Sistema general de Seguridad Social en Salud. Es un hecho notorio que no admite prueba en contrario, que el desarrollo de la vida social, laboral y económica del país está interrumpida por la pandemia del virus conocido como COVID 19. Ese entorpecimiento se reconoció por el Gobierno Nacional mediante la declaración de la Emergencia Económica, Social y ecológica por el Decreto 417 de 2020. Como consecuencia de la declaración del estado de excepcionalidad, el Gobierno Nacional, dentro de otras múltiples materias, ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todos los habitantes del territorio nacional mediante el Decreto 457 de 2020. A partir de entonces se impuso la obligación de que las personas se mantuvieran a buen recaudo de su domicilio personal, con las excepciones que progresivamente se fueron reconociendo en los Decretos 531, 593, y 636 de 2020.

En la ciudad de Bogotá las medidas del orden nacional se acompasaron con otras de similar talante; siendo la última de ellas el Decreto Distrital 169 del 12 de julio de 2020, que amplió las medidas de confinamiento obligatorio en la residencia de los habitantes del Distrito hasta el 31 de agosto de 2020.

- d. Las excepciones contempladas por las normas de aislamiento preventivo obligatorio, abrieron la puerta para que la imposición de confinamiento dentro de los límites de la residencia no fueran exigidos a aquellas personas cuya actividad laboral o necesidades personales – medicas, de abastecimiento, judiciales, financieras, entre otras - estaban amparadas por las causales de excepción. De esa manera estaban por fuera de la restricción transitoria de locomoción, el personal médico, el personal de seguridad, los empleados del sector financiero, las redes de producción, abastecimiento y distribución de alimentos, servicios postales y de mensajería, entre otros.

Quienes se encontraban dentro del régimen de excepción antes señalado, corrieron en la mayoría de los casos un peligro superior de contagio por COVID 19. Advertido lo anterior y puesto en evidencia el peligro de contagio a terceros por aquellas personas con síntomas o sospechosos de la enfermedad pero aún en desempeño de sus cargas laborales por fuera de los límites del domicilio, se dispuso por el Gobierno Nacional que estas personas fueran sometidas a una sub modalidad de aislamiento obligatorio por el lapso de 14 días; tiempo que la experiencia y las autoridades médicas fijaron como aquella regular para el piso y el cese final de los síntomas afines al COVID 19.

- e. Como es natural, no todas las personas asociadas al contagio del COVID 19 corren con idéntica suerte. Las medidas de auto cumplimiento y control serían dirigidas sólo a aquellas personas sospechosas de contagio, en proceso de toma de la prueba de contagio o del resultado del laboratorio, o confirmada la enfermedad pero con síntomas leves o asintomáticos. Como es natural, de las medidas de auto confinamiento serían exceptuados quienes necesitaran atención médica de orden intrahospitalario.

El amplio rango que significó los diferentes niveles de gravedad de los síntomas asociados al COVID, derivó en una desigualdad de trato en el escenario laboral: al tiempo que algunas personas se mantuvieron en sus residencias amparadas por el reconocimiento económico de una incapacidad por enfermedad, quienes tuvieron síntomas leves o asintomáticos no corrieron con la misma suerte. Los últimos, no obstante estar aptos para honrar sus vínculos laborales, en algunos casos debieron abstenerse de continuar con el desempeño de sus tareas por estar cubiertos por la obligación de mantenerse en su residencia.

- f. La cuestión que surgió a partir de entonces, era la de indagar cómo asegurar la continuidad laboral y prestacional de quienes debían someterse al aislamiento obligatorio por ser sospechosos de contagio, tener síntomas leves o ser asintomáticos, si los costos laborales del término de aislamiento no estaba siendo asumidos por los empleadores y tampoco por el Sistema General de Seguridad Social.

La respuesta la ofreció el Gobierno Nacional.

- g. La circular 022 de 2020 del Ministerio del Trabajo propone formas alternativas para la ejecución de las funciones del trabajador bajo el excepcional escenario de la pandemia, sin que para ello medie la vía de la suspensión o la terminación del contrato.

La Circular 022 de 2020 señala:

"En todo caso, el empleador debe valorar las funciones a cargo del trabajador y la posibilidad del desempeño de las mismas a través de las alternativas planteadas en la Circular 21 de 2020, por lo que se hace un llamado a los empleadores para que en estos momentos de dificultad mantengan la solidaridad y el respaldo que los ha caracterizado hacia los trabajadores y sus familias, independientemente de si su vinculación es directa o en misión...."

Según la remisión directa hecha a la Circular 021 de 17 de marzo de 2020 del Ministerio del Trabajo, son esas formas alternativas de protección del trabajo:

" El ordenamiento jurídico colombiano en materia laboral, en efecto, prevé una serie de mecanismos que este Ministerio se permite recordar y exponer:

1. Trabajo en casa. *Tratándose de una situación ocasional, temporal y excepcional, es posible que el empleador autorice el trabajo en casa, en cualquier sector de la economía. Esta modalidad de trabajo es diferente al teletrabajo, y no exige el lleno de los requisitos establecidos para este.*

.....

2. Teletrabajo. Por su parte, el teletrabajo se encuentra definido en el artículo 2 de la Ley 1221 de 2008 como " una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación..."

....

3. Jornada laboral flexible ...

....

4. Vacaciones anuales, anticipadas y colectivas.

....

5. Permisos remunerados – salario sin prestación de servicio. ...

....."

- h.** El teletrabajo está reglado por las normas ordinarias de la ley sustancial del trabajo, e impone cargas prestacionales definidas a los empleadores; entre ellas, la de mantener la equivalencia de salarios entre aquellos que cumplen sus obligaciones contractuales desde la residencia y aquellas que las ejecutan en los locales destinados para el efecto por el empleador.

Diferente a lo anterior es la forma del *trabajo en casa*. Figura que es excepcional y transitoria y que no tiene descripción legal precisa en la ley sustancial del trabajo. Dicha forma laboral es de común uso en la actualidad, solo como consecuencias de la excepcionalidad de la situación de salubridad pública por la que se declaró la situación de emergencia nacional. Las consecuencias prestacionales del trabajo en casa no se equiparan a aquellas impuestas en el escenario del teletrabajo.

Así se desprende de lo señalado por la Ley 1121 de 2008 en los términos que siguen:

"ARTÍCULO 6o. GARANTÍAS LABORALES, SINDICALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LOS TELETRABAJADORES.

1. A los teletrabajadores, dada la naturaleza especial de sus labores no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno. No obstante la anterior, el Ministerio de la Protección Social deberá adelantar una vigilancia especial para garantizar que los teletrabajadores no sean sometidos a excesivas cargas de trabajo.

2. El salario del teletrabajador no podrá ser inferior al que se pague por la misma labor, en la misma localidad y por igual rendimiento, al trabajador que preste sus servicios en el local del empleador.

3. En los casos en los que el empleador utilice solamente teletrabajadores, para fijar el importe del salario deberá tomarse en consideración la naturaleza del trabajo y la remuneración que se paga para labores similares en la localidad.

4. Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio o en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual.

5. La asignación de tareas para los teletrabajadores deberá hacerse de manera

...." (subrayado fuera de texto).

Lo anterior no significa que las condiciones de trabajo y las cargas prestacionales queden a discrecionalidad del empleador, y/o que no exista un rasero que imponga las condiciones mínimas a reconocerse a favor del trabajador.

La Circular 021 del 17 de marzo de 2020 del Ministerio del Trabajo, señaló de la modalidad de *trabajo en casa* que:

"... Este Ministerio presenta los siguientes lineamientos que puede ser considerados por los empleadores, con el fin de proteger el empleo y la actividad productiva considerando que se trata de un fenómeno temporal y que el trabajo, conforme lo señala el artículo 25 constitucional, "es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado".

El ordenamiento jurídico colombiano en material laboral, en efecto, prevé una serie de mecanismos que este Ministerio se permite recordar y exponer:

1. Trabajo en casa. *Tratándose de una situación ocasional, temporal y excepcional, es posible que el empleador autorice el trabajo en casa, en cualquier sector de la economía. Esta modalidad ocasional de trabajo es diferente al teletrabajo, y no exige el lleno de los requisitos establecidos para este. En el numeral 4 de la Ley 1221 de 2008 define como característica del trabajo en casa que: "4. Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio o en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual". Para optar por esta modalidad, debe existir acuerdo entre el empleador y el trabajador.*

De esta manera, el trabajo en casa, como situación ocasional, temporal y excepcional, no presenta los requerimientos necesarios para el teletrabajo, y se constituye como una alternativa viable y enmarcada en el ordenamiento legal, para el desarrollo de las actividades laborales en el marco de la actual emergencia sanitaria"

..."

Más adelante en el tiempo y con las implicaciones prestacionales que se generaron para los trabajadores como consecuencia de la aplicación de la forma del *trabajo en casa*, el Ministerio del Trabajo expidió la Circular No 033 del 17 de abril de 2020. Mediante esa circular el gobierno nacional dispuso las reglas mínimas prestacionales que deben cumplirse por los empleadores, cuando se trata de la modificación de las formas de ejecución de las funciones laborales dispuestas en los contratos.

En lo que interesa al objeto de esta decisión, en esa Circular se dijo:

"2. Modificación de la jornada laboral y concertación del salario. *De conformidad con lo señalado en el artículo 158 del Código Sustantivo del Trabajo, los trabajadores y los empleadores pueden de manera concertada, varias las condiciones del contrato de trabajo, entre ellas, la jornada laboral mediante la cual realiza la labor prometida, dependiendo de las necesidades del servicio, en atención a la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID - 19 y las medidas adoptadas por el Gobierno nacional.*

Dado que se trata de una situación ocasional, transitoria y excepcional, con incidencia directa en la economía nacional, los trabajadores y los empleadores de manera concertada, solo mientras dure la emergencia sanitaria y por escrito, podrán buscar alternativas que garanticen la estabilidad del empleo, por medio de acuerdo consensuado de una fórmula adecuada para modificar las condiciones contractuales, ante las que se encuentra, el salario, la jornada laboral y la modificación de las funciones o la carga laboral asignada.

Conforme con lo anterior, con base en el artículo 50 del Código Sustantivo del Trabajo, en el cual se consagra que las partes pueden revisar el contrato de trabajo cuando "sobrevengan imprevistos y graves alteraciones de la normalidad económica" es posible que empleadores, trabajadores y organizaciones sindicales acuerden una remuneración inferior a la pactada originalmente, siempre y cuando se garantice el salario mínimo leal mensual vigente y los demás derechos derivados de este.

....." (subrayado fuera de texto).

Los términos de la Circular como bien lo señala su introducción, obedecen al imperativo constitucional de la garantía sobre los derechos de los trabajadores, al reconocimiento de su indefensión fáctica ante el funcionamiento de los engranajes de la economía a nivel macro, la necesidad de la fijación desde lo públicas de reglas mínimas de protección y finalmente, al reconocimiento y protección de la función social del trabajo.

- i. Todas las anteriores son formas legales que atienden la necesidad de la protección del vínculo laboral de los trabajadores, en circunstancias extraordinarias como aquellas que acompañaron la declaración del estado de Emergencia Nacional.

No obstante, las líneas que se fijaron para la protección del trabajo a la postre significaron una desmejora para aquellas personas que no contaban con un vínculo laboral formal – por lo que no estaban amparados con las formas de trabajo en casa -, pero que sí estaban compelidos al cumplimiento de las normas de aislamiento obligatorio generando un desbalance en la igualdad de las formas de protección.

En pos de paliar la situación, el Gobierno Nacional expidió Decreto 538 de 2020. En el artículo 14 del Decreto el Gobierno creó una compensación económica a cargo de las entidades prestadoras del servicio público de salud, a favor de quien fuera arropado por un resultado positivo de contagio, probara el cumplimiento de las medidas de aislamientos por 14 días, y estuviera vinculado al Sistema de Seguridad Social en Salud del Régimen Subsidiado.

La norma señala:

"Artículo 14. Compensación económica temporal para el afiliado al Régimen Subsidiado con diagnóstico confirmado de Coronavirus COVID-19. Créase la compensación económica equivalente a siete (7) días de Salario Mínimo Legal Diario Vigente -SIVILDV-, por una sola vez y por núcleo familiar, para los afiliados al régimen subsidiado de salud que tengan diagnóstico confirmado de Coronavirus COVID-19. El pago de la compensación estará condicionado al cumplimiento de la medida de aislamiento. La Entidades Promotoras de Salud -EPS- reconocerá a sus afiliados el beneficio, previa verificación de las condiciones, y cobrará el valor correspondiente a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, una vez lo haya reconocido. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES definirá los términos y condiciones para el pago.

Parágrafo primero. El Ministerio de Salud y Protección Social deberá poner a disposición de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad

Social en Salud - ADRES la información con la que cuenta y que sea necesaria para la liquidación de la compensación de que trata este artículo."

- j. Posteriormente la Decreto 1109 de 200 se encargo de recoger las dos formas de protección antes señaladas, conforme se tenga o no vinculación laboral formal y afiliación al Sistema Contributivo de Salud. En el artículo 7, la Ley se encarga de definir el término de aislamiento selectivo, referido al confinamiento obligatorio de personas sospechosas de contagio o con diagnóstico confirmado.

En el artículo se lee:

"Artículo 7. Aislamiento Selectivo. *Es la medida consistente en el aislamiento obligatorio que deben observar las personas diagnosticadas con COVID -19 o sospechosas de padecerlo y sus contactos sintomáticos o asintomáticos, si se considera procedente, durante la totalidad del periodo infeccioso de cada persona. En el entorno domiciliario se deberá propender por garantizar el aislamiento de las personas con diagnóstico de contagio de Covid - 19 confirmado y las sospechosas, del resto de los miembros del grupo familiar y/o convivientes. En el entorno hospitalario, el aislamiento selectivo deberá garantizar la separación de las personas con Covid-19 de otros pacientes y personas sanas. Durante el aislamiento selectivo definido por las Entidades Promotoras de Salud frente a sus afiliados o por la secretaría de salud departamental o distrital frente a la población pobre no asegurada de su jurisdicción, serán esas mismas entidades las que realicen la orientación, evaluación y seguimiento del estado de salud de las personas aisladas.*

El seguimiento de los contactos se hará por el tiempo y frecuencia determinados en el lineamiento de pautas, manejo y tratamiento domiciliario de paciente con sospecha o confirmación de COVID-19, adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Parágrafo 1. Como complemento al aislamiento selectivo, las secretarías de salud departamentales o distritales podrán realizar cercos epidemiológicos cuando en un área geográfica se presenten conglomerados con un alto número de casos. Esta medida se aplicará con el fin de intensificar las acciones de control para mitigar y reducir la propagación de la epidemia.

Parágrafo 2. Las entidades encargadas de realizar el seguimiento al aislamiento selectivo reportarán al Ministerio de Salud y Protección Social la información en el Sistema de Información para el reporte y seguimiento en salud a las personas afectadas por Covid -19-"

En el artículo 8, la Ley se encargó de recoger las formas de protección del ingreso para aquellas personas que estaban obligadas al aislamiento selectivo por ser sospechosas, tener síntomas leves de contagio o sr asintomáticas, pero sin que su médico tratante estimara la necesidad de la expedición de una incapacidad por enfermedad. En la norma se recogió entonces las formas de teletrabajo y trabajo en casa para quienes tuvieran una vinculación labora y afiliación al sistema contributivo de salud; y una compensación económica para quienes no contaran con vínculo contractual formal y estuvieran afiliados al Sistema Subsidiado de Salud.

La norma entonces señaló:

"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.

Los afiliados al Régimen Subsidiado de Salud que sean diagnosticados con Covid - 19, contarán con el pago de la Compensación Económica Temporal, creada por el artículo 14 del Decreto Legislativo 538 de 2020, que corresponde a siete {7} días de Salario Mínimo Legal Diario Vigente - SMLDV por una sola vez y por núcleo familiar, siempre y cuando se haya cumplido la medida de aislamiento.”.

- k. Una mirada general del marco jurídico antes referenciado, permite al Juzgado inferir que la situación particular del señor **LUIS FERNANDO VARGAS SANCHEZ** está suficientemente reglada.

i. Según se informó dentro de la demanda, el señor accionante a la fecha en la que inició su aislamiento obligatorio se encontraba vinculado mediante contrato laboral a la empresa A&V EXPRESS S.A.; ii. En razón de dicha circunstancia y en virtud de la presentación de síntomas asociados al COVID 19, en aplicación de la Circular 021 de 2020 del Ministerio del Trabajo podía ser amparado por cualquiera de las formas de protección laboral señalados en la misma. iii. Lo anterior, sin que existiera norma alguna que impusiera a la EPS a la que se encontraba afiliado, la carga de la expedición de una incapacidad por enfermedad o el pago de compensación monetaria alguna. Téngase en cuenta para esta conclusión, que el dispositivo de protección del Decreto 1109 de 2020 sólo cubre a quienes son afiliados del Sistema de Subsidiado de Salud, y no a los afiliados del Sistema Contributivo como es el caso del accionante; sumado al hecho irrefutable de que la señalada norma entró en vigencia el 11 de agosto de 2020 es decir, justo a la terminación del periodo de aislamiento del señor **VARGAS SANCHEZ**.

2.3. De la procedibilidad de la acción de tutela para el caso concreto.

Atendiendo la supuesta vulneración al derecho fundamental al mínimo vital del señor **VARGAS SANCHEZ** conforme lo alegado dentro del cuerpo de la demanda, podría estimar el Juzgado la orden de aplicación retroactiva de los beneficios dispuestos por el Decreto 1109 de 2020, además de estimar la inaplicación de la restricción de ser ellos sólo a favor de los afiliados del Régimen Subsidiado de Salud. En ese evento, el primer obstáculo que debe sortear el análisis, es el de establecer si para el caso en concreto procede la protección por la vía extraordinaria de la Acción de Tutela.

Se estima que el beneficio económico que reconoce el pago por incapacidad por enfermedad, permiten el sustento en condición de dignidad del trabajador y de su núcleo familiar, por el tiempo en el que se encuentre físicamente incapacitado para asumir el cumplimiento de su rol dentro de la sociedad. Acerca del alcance, en clave de derechos fundamentales, de los pagos por incapacidad, la Corte Constitucional fijó las siguientes reglas:

"i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta."²

Definido lo anterior, se sabe que la procedibilidad del mecanismo extraordinario de la Acción de Tutela está sometido al principio de la inmediatez. Se entiende entonces, que la protección de los derechos fundamentales debe invocarse por el actor dentro de un término razonable entre aquel en el que se generó la presunta vulneración, y aquel en el que se invoca la Acción. Las excepciones a esa exigencias están señaladas por la jurisprudencia constitucional así:

"... No obstante lo anterior, la propia jurisprudencia en la materia ha considerado que "(...) no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, (i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y (ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otro"³

Para el caso en concreto, encuentra el Juzgado que el señor **LUIS FERNANDO VARGAS SANCHEZ** no es un sujeto de especial o reforzada protección constitucional, como quiera que no se encuentran en condición alguna de vulnerabilidad o de indefensión, que le hubiera impedido acudir a las vías judiciales ordinarias con miras al reclamo de la garantía de sus derechos. Con todo, no se discute por el Juzgado que el señor accionante exige el reconocimiento retroactivo de una incapacidad por enfermedad, en razón de hechos que se generaron en el lapso entre el 21 de julio y el 11 de agosto de 2020; habiéndose presentado la demanda de Tutela sobre la última semana del mes de agosto de la misma anualidad, estima el Juzgado que la solicitud de protección se hizo cuando aún podrían estarse irrogando – bajo la lectura del accionante – las consecuencias de la supuesta vulneración de derechos de rango fundamental.

Es también un requisito material para la procedibilidad de la Acción de Tutela, el de la imperiosa necesidad de conjurar la inminencia de ocurrencia de un perjuicio grave e irremediable. Recuérdese que el señor **VARGAS SANCHEZ** reclama por vía de tutela el reconocimiento y pago de una incapacidad que habría de haberse generado entre el 23 de julio y el 12 de agosto de 2020, por la supuesta vulneración del derecho al mínimo vital. Cuando se analiza sobre el cumplimiento de dicho requisito, se encuentra que: i. No hay evidencia que muestre la forma como pudo haberse dañado el derecho a la conservación del mínimo vital, cuando los hechos de la demanda permiten inferir que el

² Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 5 de agosto de 2015. MP Jorge Iván Palacio Palacio.

³ Corte Constitucional. Sentencia T 693 de 2017. MP Cristina Pardo Schlesinger.

vínculo laboral ordinario del señor accionante no se terminó con ocasión del periodo de aislamiento sobre el que se está exigiendo el reconocimiento de una prestación; ii. Derivado de lo anterior, no hay evidencia de la imposibilidad de sufragar el mínimo vital del accionante y de su núcleo familiar en el lapso del 23 de julio al 12 de agosto de 2020, por la mera omisión sobre el reconocimiento y pago de una pretendida incapacidad; y iii. Si en gracia de discusión se aceptara que tal vulneración se produjo, lo cierto es que ella ya estaría superada por el paso del tiempo y por la conservación del vínculo laboral ordinario entre el señor **VARGAS SANCHEZ** y la empresa A&V EXPRESS S.A..

Finalmente, es requisito material para la procedibilidad de la Acción de tutela la subsidiariedad; y aunque se trata de un requisito individual, su análisis va de la mano con el de la necesidad de evitar un perjuicio irremediable. Entiéndase que la subsidiariedad atiende la imposibilidad del ejercicio de otros medios judiciales como mecanismo suficiente para la protección del derecho fundamental presuntamente conculcado. Sobre los criterios de verificación del requisito de subsidiariedad tratándose del reclamo de incapacidades por enfermedad, la jurisprudencia constitucional viene señalando que:

"3.2.4 Ahora bien, respecto al reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, esta Corporación ha señalado que, en principio, no procede la acción tutela. Ello, por cuanto el conocimiento de ese tipo de solicitudes implica la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces desborda las competencias del juez constitucional"^[64].

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver "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 los contratos".

Por su parte, la Ley 1438 de 2011 en el literal g de su artículo 126^[65] prevé un trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud, donde se establece, dentro de las funciones jurisdiccionales que tiene dicho órgano de control, "conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador".

3.2.5 No obstante lo anterior, en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, este Tribunal ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata. En palabras de la Corte:

"El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos"^[66].

3.2.6 En suma, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente⁶²¹.

Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que "los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], 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 naturaleza⁶⁸¹".⁴

En esta línea de argumentación concluye el Juzgado que: i. Se petitionó la orden de reconocimiento de una acreencia laboral derivada de un acontecimiento ya superado; ii. No se mostró por el accionante cómo se irroga a esta fecha los efectos perjudiciales de la omisión en el reconocimiento de dicha acreencia; iii. A la fecha se mantiene el vínculo laboral del señor accionante, por lo que no se advierte la existencia la inminencia de un perjuicio irremediable; iv. El accionante no es un sujeto de especial o reforzada protección constitucional, por lo que no se advierte la necesidad de enervar los procedimientos de reclamo ordinarios y reemplazarlos por el mecanismo extraordinario de la tutela; y v. No se advierte el cumplimiento de las sub reglas jurisprudenciales para hacer de un reclamo económico, una decisión en clave de protección extraordinaria e inmediata de derechos fundamentales.

Ante el incumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la Acción, el Juzgado se pronunciará en la parte resolutive de la decisión declarando lo propio y como consecuencia inmediata, negando la tutela solicitada por el accionante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS 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 elevada por el ciudadano **LUIS FERNANDO VARGAS SANCHEZ**. Como consecuencia de lo anterior, se niega la **TUTELA** de los derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad del accionante, conforme lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO DESVINCULAR del trámite de la Acción a la representación legal de **COMPENSAR S.A.**, de acuerdo con lo considerado dentro de la sentencia.

TERCERO NOTIFICAR esta decisión en los términos señalados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, haciendo conocer a las partes de los tres días concedidos por la citada norma para impugnar el fallo.

CUARTO De no impugnarse el presente fallo **REMITIR** la actuación original de este expediente de tutela a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión (Inciso 2º art. 31, Decreto 2591 de 1991).

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T 161 de 9 de abril de 2019. Mp Cristina Pardo Schlesinger.

TUTELA NO.: 1100140-088-018-2020-0083
ACCIONANTE: **LUIS FERNANDO VARGAS SANCHEZ**
ACCIONADO: COMPENSAR EPS
DECISION: NO CONCEDE

Contra la decisión procede como único el recurso de impugnación.

Notifíquese y Cúmplase,

LILIANA PATRICIA BERNAL MORENO
JUEZ

Firmado Por:

LILIANA PATRICIA BERNAL MORENO
JUEZ
JUEZ - PENAL 018 CONTROL DE GARANTIAS DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
a57c4f0535cac94a0fc448e459f17ec260346ff0194245a5b8b8f13c994481a0
Documento generado en 04/09/2020 05:52:06 p.m.