República De Colombia
Rama Judicial Del Poder Público

JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA (CUND.)

REFERENCIA: **ACCIÓN DE TUTELA.**
ACCIONANTE: **MARLENY CAPIZ CUELLAR**
ACCIONADA: **JARDINES DE LOS ANDES S.A.S y la NUEVA EPS**
Radicación No. **2021 – 00287**

Mosquera (Cund.), diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO A DECIDIR

Surtido el trámite que le es propio, procede el Despacho a proferir fallo dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de la referencia.

ANTECEDENTES

IDENTIFICACIÓN DE LACCIONANTE:

Recurre al trámite de la acción constitucional la ciudadana **MARLENY CAPIZ CUELLAR**

IDENTIFICACIÓN DE LAS ACCIONADAS:

La acción es instaurada en contra de la empresa **JARDINES DE LOS ANDES S.A.S** y la **NUEVA EPS**

DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE TRASGREDIDOS O AMENAZADOS:

Busca la accionante, se le amparen sus derechos a la salud, vida digna y mínimo vital y móvil a su juicio conculcados por las accionadas.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL:

Para fundamentar el amparo, se citan los hechos que a continuación se sintetizan:

Manifiesta la accionante que pertenece al estrato socioeconómico dos, es pilar fundamental de su hogar ya que su salario es la principal fuente económica con la que cuenta para suplir las necesidades básicas; que encuentra laborando en el cargo de agricultor y varios en la empresa JARDINES DE LOS ANDES S.A.S, bajo la modalidad de contrato a término indefinido desde hace aproximadamente 24 años, cumpliendo funciones como: embotonar, enyerbar, cortar, cosechar, entre otros, por tal razón su trabajo se puede ejecutar únicamente de manera presencial, no cabe posibilidad alguna de que pueda desarrollarse en modo de tele trabajo, puesto que, las funciones de agricultura, son

funciones que se ejecutan en su mayoría de manera manual; que su remuneración para el año 2021 se pactó en la suma mensual de $959.504,

Narra que el 22 de enero del año 2021, presentó síntomas de COVID-19 (Coronavirus), dirigiéndose a la sede de la NUEVA EPS ubicada en el municipio de Madrid Cundinamarca, sin embargo no recibió asistencia médica indicándosele que debía acercarse a su IPS asignada CLINICA CHIA a donde asistió el 25 de enero de 2021 para cita con medicina general, tras presentar el posible cuadro sintomático de COVID-19. Por el estado de salud en el que se encontraba el médico tratante decide emitir incapacidad medica por los días 25, 26 y 27 de enero sin que le dieran orden de aislamiento, ni orden para que se le practicara la prueba de COVID-19, tan solo le indicaron que enviarían profesionales médicos al domicilio de la accionante dentro de los tres días siguientes pero ello nunca sucedió.

Indica que el 28 de enero pese a que aún se sentía enferma, se reincorporó a sus labores en la empresa JARDINES DE LOS ANDES S.A.S (AMANCAY S.A.S), sin que se le permitiese su ingreso, indicándosele que debía recurrir nuevamente a valoración médica, pero no lo pudo hacer pues aún no habían transcurrido los 5 días establecidos para que le hicieran la prueba covid-19 en su domicilio, siendo ya un presunto caso de COVID-19, sin embargo, no contaba con el aislamiento preventivo.

Asevera la tutelante que como su estado de salud no mejoraba, el 2 de febrero se comunicó nuevamente con la NUEVA EPS, para solicitar le fuera tomada la muestra de COVID-19, indicándosele que se reactivaría el caso y que debía comunicarse nuevamente con la IPS CLÍNICA CHÍA para solicitar una tele consulta, la cual fue asignada de manera prioritaria para el mismo día en el que solicita se le expida incapacidad médica debido a que el trabajo que ella realiza no puede ser ejecutado en casa sino de manera presencial, sin embargo, el médico le indica que debe esperar el resultado de la prueba para otorgar dicha incapacidad, ordenándosele aislamiento obligatorio hasta el día doce 12 de febrero de 2021.

Que el 8 de febrero se emitió el resultado de la prueba COVID-19 arrojando resultado positivo, por ello envió en debida forma y en oportuno tiempo al empleador JARINES DE LOS ANDES S.A.S (AMANCAY S.A.S), los respectivos soportes de aislamiento, sin embargo, se le indica que debe contar con la incapacidad emitida por parte de la entidad promotora de salud NUEVA EPS porque de lo contrario los días serían tomados como permiso de tipo personal, siendo descontados de la nómina quincenal.

Señala que el día 5 de febrero radicó derecho de petición vía correo electrónico a la **NUEVA EPS**, solicitando le fuera generada incapacidad por los días de aislamiento preventivo por ser posible caso positivo de COVID-19, con el fin de que le fueran garantizados sus derechos fundamentales.

Que el 13 de febrero de 2021 se reintegró a su puesto de trabajo ya que el día anterior se levantó el aislamiento, sin embargo, el área de recursos humanos le indicó que no podía reincorporarse hasta tanto presentara un soporte médico sobre el levantamiento del aislamiento, siendo agendada la cita médica para el día 16 de febrero por tanto hasta esa fecha fue posible su reincorporación.

Refiere que los fundamentos de respuesta por parte de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD NUEVA EPS, siguen las disposiciones establecidas en la circular 018 del 2020 emitida por el Ministerio de Salud, y la circular 21 y 33 pero, si bien en estas se señala la reglamentación en cuanto al pago de reconocimiento económico para las personas

aisladas por Covid-19, no se tiene en cuenta que no todos los trabajadores cuentan con la posibilidad de realizar teletrabajo o trabajo en casa, dejando la determinación del caso a criterio de las empresas, afectando los derechos laborales de los trabajadores.

Refiere que por la falta de la incapacidad solicitada ante la NUEVA EPS, el empleador JARDINES DE LOS ANDES S.A.S (AMANCAY S.A.S) generó un descuento en la nómina quincenal de la accionante desde el 1° al 15 de febrero de 2021, aplicando descuentos por ausencia no justificada de 48 horas y un valor descontado $191.901, igualmente le generó un descuento por 16 horas de permiso personal y un valor descontado de $63.966, para un total descontado $255.867, recibiendo como quincena la suma de $175.440 m/cte.

Concluye indicando que la empresa JARDINES DE LOS ANDES S.A.S (AMANCAY S.A.S), no brindó una solución para que no se le afectaran sus derechos fundamentales, pues la labor pactada en la relación contractual no permite que se pueda ejecutar en la modalidad de tele trabajo o trabajo en casa, el empleador no evaluó alternativas de solución.

PETICIÓN DE LA TUTELA

En concreto, pretende la petente del juez constitucional que (i) se ordene a la **NUEVA E.P.S** generar incapacidad médica por el aislamiento obligatorio al que fue enviada desde el 28 de enero al 12 de febrero de 2021 siendo extendido hasta el día dieciséis 16 de febrero día el que se generó el levantamiento del aislamiento por COVID-19 POSITVO; (ii) ordenar a la empresa JARDINES DE LOS ANDES S.A.S (AMANCAY S.A.S) pague las horas descontadas de su primera quincena del mes de febrero del 2021 por valor de $191.901, esto es las de 48 horas por ausencia no justificada, y $63.966 por descuento de 16 horas de permiso personal.

TRÁMITE PROCESAL Y CONTRADICTORIO

Mediante providencia de fecha 25 de febrero de 2021, se admitió la acción de tutela ordenándose la notificación a la empresa **JARDINES DE LOS ANDES S.A.S y la NUEVA EPS** para que rindieran informe sobre los hechos en que sustenta la misma y ejercieran su derecho de defensa.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA:

La accionada **JARDINES DE LOS ANDES S.A.S** a través de su representante legal **ANGELA PATRICIA RAMIREZ RINCON,** manifiesta que según la información brindada por la trabajadora accionante en el “formato de actualización de datos del trabajador”, se registra que convive en su hogar con 3 personas mayores de edad y de sexo masculino, esto es el cónyuge y sus dos hijos, quienes NO están a cargo de la señora Capiz.

Indica que la accionante hace aproximadamente 22 años y 6 meses labora en la empresa accionada ocupando el cargo de agricultor y varios, ejerciendo funciones que

solo pueden desarrollarse de manera presencial, sin posibilidad alguna de teletrabajo o trabajo en casa.

Que la tutelante presenta incapacidad de 3 días generada el 25 de enero de 2021, sin embargo, el diagnóstico de la enfermedad es J018 – Otras Sinusitis Aguda, patología diferente a la de SarS Cov- 2, identificada con código U071 (Covid-19, virus identificado) o U072 (Covid-19, Virus no identificado); que aquella se presentó a trabajar el 28 de enero a las 6:59 am, informando los motivos de la incapacidad e indicando síntomas de posible contagio por Covid-19, por lo cual, en cumplimiento de los protocolos de bioseguridad y la Resolución 666 de 2020, se le solicitó a la señora Capiz dirigirse al centro médico para descartar un contagio por Coronavirus.

Indica que no es cierto que la actora se haya reincorporado a sus labores toda vez que dentro del protocolo de bioseguridad diseñado por Jardines de los Andes S.A.S. se determinó que ante un posible síntoma de contagio por Covid-19, no se permitiría el ingreso a las instalaciones de la empresa y se enviaría a la colaboradora a atención médica especializada. En momento alguno la empresa manifestó realizar descuento sobre el salario de la trabajadora, que resulta claro que en ninguna norma emitida por el Gobierno Nacional durante la emergencia sanitaria haya establecido como responsabilidad del empleador el reconocimiento de los periodos de aislamiento, incluso se han optado por establecer alternativas, precisamente para que las empresas puedan dar un manejo a estos tiempos.

Que es cierto que la señora Capiz remitió orden de aislamiento obligatorio por 14 días, por diagnostico U072(Covid-19, Virus no identificado), de fecha 2 de febrero de 2021, razón por la cual el área de recursos humanos se comunicó con la trabajadora con el fin de que programarle vacaciones causadas y/o anticipadas, toda vez que el cargo de agricultor y varios, únicamente puede desarrollar sus actividades de forma presencial, sin embargo, la señora Capiz no aceptó tomar vacaciones para percibir la remuneración correspondiente a los días en que estaría en aislamiento.

Pone de presente que los días de aislamiento obligatorio no fueron descontados, sino que, al no haber incapacidades, ni prestación del servicio en los días en que le fue decretado el aislamiento no se causó una remuneración o prestación económica

Que en ninguna norma emitida por el Gobierno Nacional durante la emergencia sanitaria ha establecido como responsabilidad del empleador el reconocimiento de los periodos de aislamiento, incluso se han optado por establecer alternativas, precisamente para que las empresas puedan dar un manejo a estos tiempos; que solo hasta el 20 de febrero de 2021, recibió en las oficinas solicitud de reintegro de fecha 13 de febrero de 2021, por lo cual, la señora Capiz no puede predicar que, desde el 12 de febrero de 2021, remitió carta a la empresa, máxime cuando no tiene sello de recibido por parte de Jardines de los Andes.

Señala que tal y como la accionante lo manifiesta solo hasta el 2 de febrero de 2021, le dan recomendaciones generales para tratar los síntomas y le generan una orden de aislamiento, por lo que en aras de evitar un posible foco de contagio por Covid-19, fue necesario que un profesional de la salud certificará el alta médica.

Indica que en el caso de que hubiese existido una incapacidad médica, **JARDINES DE LOS ANDES S.A.S** no es la llamada a efectuar el reconocimiento de dichas prestaciones económicas, toda vez que NO es una entidad de seguridad social, ni tiene a su cargo el manejo y reconocimiento de incapacidades; que la empresa, al efectuar las afiliaciones de ley y pagar mes a mes los aportes de ley, ha trasladado cualquier carga asistencial o económica a las entidades de seguridad social de afiliación.

Al existir las afiliaciones y aportes en salud, pensión y riesgos laborales de la trabajadora por parte la empresa durante la vigencia de la relación laboral, cualquier carga asistencial o económica a raíz de una incapacidad médica o controversia relacionada con su enfermedad o calificación de origen deberá ser asumida en su totalidad por las entidades de seguridad social de afiliación; que las normas de seguridad social señalan expresamente que esa es responsabilidad de las entidades del Sistema de Seguridad Social.

Por su parte la **NUEVA EPS** a través del apoderado especial **ÓSCAR EDUARDO SILVA GÓMEZ** señala que la expedición de incapacidades está a cargo del médico tratante de la usuaria, es así como el papel de la EPS se circunscribe a transcribir las incapacidades otorgadas; que las recomendaciones de Aislamiento preventivo emitidas por los médicos tratantes a los afiliados, como medidas de protección colectiva para mitigar la transmisión del COVID - 19, no son consideradas incapacidades de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 Resolución 2266 de 1998 y Sentencia T-729 de 2012 que define la incapacidad como el estado de inhabilidad física o Mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio. Por lo tanto, la NUEVA EPS no efectuará reconocimientos económicos sobre las mismas, teniendo en cuenta que cualquier evento de ausentismo laboral que no cumpla con esta definición estará a cargo del empleador quien deberá actuar conforme a lo establecido en la legislación.

Finalmente, señala que la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, articulo 2, numeral 2.6 y la circular 0021 de 2020, emitida por el Ministerio de Trabajo ordena ” *a los empleadores o quien haga sus veces, adoptar, en los centros laborales públicos y privados, las medidas de prevención y control sanitario para evitar la propagación del COVID-19”* y la protección del empleo para lo cual podrán verificar las actividades que pueda realizar el trabajador bajo las modalidades de trabajo en casa, teletrabajo, o las que considere permitan dar cumplimiento a esta obligación.

CONSIDERACIONES:

COMPETENCIA

Es competente este juzgado para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, en concordancia el artículo 37 inciso 1° del Decreto 2591 de 1991.

CUESTIÓN PRELIMINAR

Previo al análisis de fondo de la acción de tutela interpuesta, se estudiarán los requisitos de procedencia de la misma con relación a (i) la legitimación por activa y por pasiva, (ii) el requisito de inmediatez y (iii) la subsidiariedad; y solo superados ellos se formulará el respectivo problema jurídico.

Legitimación en la causa.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre.

En este caso la señora **MARLENY CAPIZ CUELLAR** actúa en nombre propio incoando acción de tutela, tras considerar que las accionadas **NUEVA E.P.S S.A.S** y la empresa **JARDINES DE LOS ANDES S.A.S (AMANCAY S.A.S),** han transgredido sus derechos fundamentales.

Inmediatez

El requisito de inmediatez "*exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos".*

(…) el examen de la inmediatez no consiste únicamente en revisar el paso del tiempo entre el hecho generador de la vulneración de un derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela. Existen casos en los que el Juez de tutela debe verificar "si existe un motivo válido, entendiéndolo como una justificación para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna, circunstancia justificativa que debe estar plenamente demostrada, y que debe responder a criterio de protección constitucional …" [1]

En el caso que se analiza los hechos generadores del presente amparo se presentaron en el mes de febrero de 2021 y la acción de tutela se interpone en el mes de marzo, lapso que resulta razonable y, por consiguiente, el juzgado considera que se cumple el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad

La figura de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional fue instituida con el fin que las personas puedan reclamar ante el órgano judicial, en todo momento y en cualquier lugar, la protección inmediata de derechos fundamentales de rango constitucional, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando se consideren conculcados o amenazados por los hechos u omisiones en que incurra una autoridad pública o determinados particulares.

La acción de tutela es de naturaleza residual, es decir, no siempre que una conducta transgreda o ponga en riesgo Derechos Fundamentales es factible acceder a la acción de tutela, pues requiérase además que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para lograr su restablecimiento o protección, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (6° del Decreto 2591 de 1991).

De ahí que es dable indicar que si bien la acción de tutela exige la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos e instancias que el afectado hubiere tenido a su

---

[1] [1] Corte Constitucional, sentencia T-199/15

alcance para solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado, lo cierto es que la existencia de otro medio judicial no hace *per se* improcedente la intervención del juez de tutela, pues la jurisprudencia ha fijado dos excepciones, a saber: i) que los medios alternos con los que cuenta el interesado no sean idóneos, ni de comprobada eficacia que detengan de manera inmediata la posible vulneración y; ii) que existiendo otros medios de defensa judicial, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En torno a la solicitud de **reconocimiento y pago de acreencias laborales o incapacidades** a través de este mecanismo constitucional, en principio deviene improcedente toda vez que el ordenamiento jurídico ofrece a los afectados mecanismos de defensa judicial de los cuales pueden hacer uso ante la autoridad judicial laboral o de lo contencioso administrativo, según el caso, **salvo que de manera excepcional**, sea para obtener el pago de dichas acreencias en aquellos eventos en que su desconocimiento afecte derechos fundamentales del peticionario, específicamente el del mínimo vital. Así lo ha reiterado nuestro máximo Tribunal Constitucional en la Sentencia T-140 de 2016, se indicó que: *"la Corte revisó la procedencia de la acción de tutela en los casos en que se reclamaban este tipo de prestaciones económicas –el pago de unas incapacidades médicas de origen común-*
E

"Así las cosas, esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela", **que dicho sea de paso es lo que prende en últimas la accionante,** *"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"*[2].

En efecto, el derecho al mínimo vital ha sido entendido como: "*aquella porción del ingreso que tiene por objeto cubrir las necesidades básicas como alimentación, salud, educación, recreación, servicio públicos domiciliarios, etc."*

No obstante, la jurisprudencia ha señalado algunos supuestos en los cuales se presume la vulneración del derecho al mínimo vital, los cuales se limitan a las siguientes situaciones de hecho: (i) que no se encuentre acreditado en el expediente que el accionante cuenta con otros ingresos o recursos que permitan su subsistencia; (ii) que se trate de un incumplimiento prolongado e indefinido, esto es, de una omisión superior a dos meses, con excepción de aquella remuneración equivalente a un salario mínimo, y (iii) que las sumas que se reclamen no sean deudas pendientes. De manera que, siempre que se acredite en el trámite de un proceso cualquiera de los anteriores supuestos, el juez de tutela puede proceder al análisis de fondo del asunto planteado, a pesar de que el accionante no acredite directamente la afectación de su mínimo vital por el no pago de acreencias laborales."[3]

CASO CONCRETO:

Descendido al presente asunto, se advierte que lo pretendido por la tutelante es que (i) se ordene a la empresa **JARDINES DE LOS ANDES S.A.S**, realice el pago pague las horas descontadas de su primera quincena del mes de febrero del 2021 por valor de $191.901, esto es las de 48 horas por ausencia no justificada, y $63.966 por descuento de 16 horas de permiso personal; y (ii) se ordene a la **NUEVA E.P.S** generar incapacidad

[2] Sentencia T 920 de 2009.
[3] Corte Constitucional, Sentencia T-120 de 2015

médica por el aislamiento obligatorio al que fue enviada desde el 28 de enero al 12 de febrero de 2021

Sin embargo, la empresa **JARDINES DE LOS ANDES S.A.S** en su contestación manifiesta que los días de aislamiento obligatorio no fueron descontados, sino que, al no haber incapacidades, ni prestación del servicio en los días en que se encontraba la accionante cumpliendo con el aislamiento preventivo, no se causó una remuneración o prestación económica, mas aun que la empresa le propuso tomar vacaciones anticipadas como fórmula de acuerdo y de estrategia permitida por el Gobierno Nacional en razón a la emergencia sanitaria para no afectar al trabajador, sin embargo la accionante se negó a ello.

Luego como en a través de este mecanismo constitucional se pretende en últimas el pago de incapacidades inviable resulta la acción de tutela, toda vez que tales conflictos, se itera, deben ser resueltos por la jurisdicción ordinaria, mas cuando no debe olvidarse que estarán a cargo: (i) del respectivo empleador las prestaciones económicas correspondientes a los dos primeros días de incapacidad del trabajador (art. 1º del Decreto 2943 de 2013); (ii) de las Entidades Promotoras de Salud, a partir a partir del tercer día y las que se prorroguen hasta el 180 (art. 1º del Decreto 2943 de 2013); lo que está en entredicho, situación entonces que no es de analizar en el presente amparo

Ahora bien en relación con la aspiración de la tutelante en cuanto a que **LA NUEVA E.P.S S.A.S** le genere incapacidad médica por el aislamiento obligatorio al que fue enviada desde el 28 de enero al 12 de febrero, ello resulta igualmente improcedente a través de este amparo pues como lo señaló la NUEVA E.P.S en su respuesta "*las recomendaciones de Aislamiento preventivo emitidas por los médicos tratantes a los afiliados, como medidas de protección colectiva para mitigar la transmisión del COVID - 19,* ***no son consideradas incapacidades*** *de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 Resolución 2266 de 1998 y Sentencia T-729 de 2012 que define la incapacidad como el estado de inhabilidad física o Mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio*" (resaltado por el despacho).

Por tanto, esta acción constitucional no está llamada a prosperar como mecanismo principal en razón a que la actora cuenta con las acciones judiciales a través de las cuales ordinariamente puede resolverse el conflicto que se presenta, pues de lo contrario, comportaría la desnaturalización de la tutela como un mecanismo residual y subsidiario, convirtiéndolo en principal; lo cual revela su improcedencia dado ese carácter.

Tampoco procede la acción subsidiariamente como mecanismo transitorio, puesto que no se acreditó de forma alguna que la tutelante esté frente a la ocurrencia inminente, urgente, grave e impostergable de un perjuicio irremediable respecto a sus derechos fundamentales, por lo que le corresponde acudir ante a las instancias ordinarias de la jurisdicción laboral. Deviene todo lo expuesto que se denegará por improcedente el amparo solicitado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA** (CUND.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR la acción de tutela solicitada, por las razones esbozadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR la notificación de esta decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz, de acuerdo con lo preceptuado por el Art. 16 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si no fuere impugnada esta providencia, **REMITIR** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual REVISIÓN.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
La juez,

ADRIANA CONSUELO FORERO LEAL
JUEZ