

Radicado: 2021-00435-00
Proceso: Acción de Tutela
Demandante: Alirio Parra Quintero
Demandado: Nueva EPS
Sentencia No: 100

Bucaramanga, nueve (09) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

MOTIVO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la presente acción de tutela promovida por ALIRIO PARRA QUINTERO contra NUEVA EPS por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social.

Por disposición de este Despacho al trámite se vinculó a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES y a la empresa DAR AYUDA TEMPORAL S.A.

El accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales en consideración a los siguientes;

HECHOS

El SR. ALIRIO PARRA QUINTERO tiene cuarenta y siete (47ⁱ) años de edad, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud que es prestado por NUEVA EPS régimen contributivo y recientemente fue diagnosticado con SARS COV2 positivo, pues así se encuentra demostrado a través de la historia clínica aportada al expediente.

Asegura el accionante que, el médico tratante de la EPS le ordenó aislamiento preventivo desde el 02/06/2021 hasta el 15/06/2021, sin emitir ningún tipo de incapacidad.

Teniendo en cuenta que durante el periodo de aislamiento no pudo asistir a su trabajo y tampoco recibió el auxilio económico por incapacidad, elevó un derecho de petición ante NUEVA EPS solicitando el reconocimiento y pago de los días que estuvo cesante, sin embargo, la respuesta fue la siguiente:

“(…) En respuesta a su comunicación, le informamos que no es posible dar trámite de transcripción y pago a incapacidad con fecha 17 mayo a 27 de mayo 2021 a nombre del afiliado ARRA QUINTERO ALIRIO, identificado con C.C. 91294417, debido a que las **recomendaciones de Aislamiento preventivo** que sean emitidos 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.

REMISION:
PACIENTE ADULTO QUIEN CURSO CON SINTOMAS RESPIRATORIOS. PRUEBA ANTIGENO POR HISOPADO NASOFARINGEO PARA SARS COV - 2 POSITIVA. CON INDICACION DE **AISLAMIENTO PREVENTIVO Estricto hasta el 10/JUNIO/2021** YA CUMPLIDO. ACTUALMENTE SIN FIEBRE, SIN DISPNEA, SE CONSIDERA CASO RECUPERADO Y PODRA REINTEGRARSE A PARTIR DE LA FECHA A SUS ACTIVIDADES LABORALES. SE ENTREGAN RECOMENDACIONES SEGUN MEDIDAS DE AISLAMIENTO Y PREVENCIÓN NECESARIAS PARA CONTENER LA PROPAGACIÓN DEL VIRUS COVID19. (USO DE TAPABOCAS - LAVADO DE MANOS - HIDRATACIÓN ORAL LIMPIE Y DESINFECTE CUBIERTA S - NO COMPARTIR VASOS - CUCHARAS - TOALLAS - NO SALGA DE SU CASA SI NO HAY PRIORIDAD - MANTENGA DISTANCIA Y PERMITA LA VENTILACIÓN DE SU VIVIENDA) TENIENDO EN CUENTA LA VELOCIDAD DE PROPAGACIÓN DEL VIRUS Y LA NECESIDAD DE PROTEGERLO LO INVITAMOS A QUEDARSE EN CASA CUMPLIENDO Estrictamente LAS ACCIONES CUANDO ALGUIEN LLEQUE A SU CASA Y RECOMENDACIONES GENERALES MENCIONADAS. SI USTED Y SU FAMILIA CUMPLEN Estrictamente LAS INSTRUCCIONES QUE LE HEMOS ENTREGADO SU SALUD Y LA DE SU FAMILIA ESTARÁN PROTEGIDAS. ES UNA PRIORIDAD CUIDAR DE SU SALUD SI TIENE DUDAS COMUNIQUESE A LAS LINEAS TELEFONICAS QUE LA NUEVA EPS HA DESTINADO PARA SU ATENCIÓN LINEAS DE ATENCIÓN COVID-19 -LINEA NACIONAL 018000955590 -LINEA DEPARTAMENTAL 6678768- 6670000 EXT 1283 Y 1287 -CELULAR 152 LINEA NUEVA EPS COVID-19 # 961

Por lo tanto, 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.

Así mismo de acuerdo con lo definido en la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 artículo 2 numeral 2.6 y la circular 0021 de 2020, emitida por el Ministerio de Trabajo: "se 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 (...)

Finalmente, expuso que su actividad laboral como Courier moto no puede realizarse desde casa, pues debe desplazarse a las direcciones de entrega, razón por la cual pretende que a través de

la acción de tutela se le ordene a NUEVA EPS que reconozca y pague la incapacidad a la que tiene derecho por el aislamiento preventivo que fue ordenado por el médico tratante.

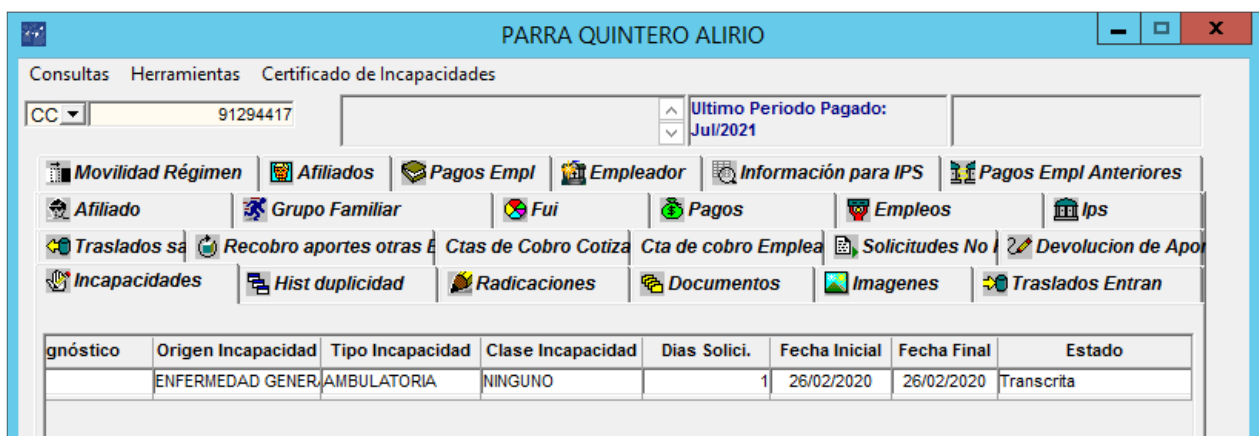
CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADAS

1. La apoderadaⁱⁱ especial de la **NUEVA EPS S.A.**, se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela, en los siguientes términos:

Verificando el sistema integral, se evidencia que el accionante está activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el sistema general de seguridad social en salud régimen contributivo.

Es importante manifestar que al paciente le han sido brindados los servicios que ha requerido conforme a sus radicaciones, dentro de nuestra red de servicios contratada y de acuerdo a las competencias y garantías del servicio relativas a la EPS.

Se evidencia que no hay incapacidad emitida por médico que soporte la solicitud de pago para el periodo materia de inconformidad (junio de 2021), es decir no puede reconocerse el pago de una incapacidad que no existe y que no se encuentra transcrita en el sistema:



The screenshot shows a web application window titled 'PARRA QUINTERO ALIRIO'. It has a menu bar with 'Consultas', 'Herramientas', and 'Certificado de Incapacidades'. Below the menu, there is a search bar with 'CC' and the value '91294417'. To the right, it says 'Ultimo Periodo Pagado: Jul/2021'. Below this, there is a grid of icons for various functions like 'Movilidad Régimen', 'Afiliados', 'Pagos Empl', etc. At the bottom, there is a table with the following data:

gnóstico	Origen Incapacidad	Tipo Incapacidad	Clase Incapacidad	Dias Solici.	Fecha Inicial	Fecha Final	Estado
	ENFERMEDAD GENER	AMBULATORIA	NINGUNO	1	26/02/2020	26/02/2020	Transcrita

No existe registro alguno de incapacidades transcritas a nombre del señor ALIRIO PARRA QUINTERO.

Es necesario para la transcripción de incapacidades que se adjunten los siguientes soportes completos:

- Incapacidad y/o licencia original (Resolución 2266 de 1998 Artículo 23)
- Epicrisis y/o soporte de la atención médica, que origino la incapacidad (Resolución 2266 de 1998 Artículo 20)
- Soporte de la atención con relación a la incapacidad.

Resolución 2266 de 1998 Artículo 8 ARTICULO 8o. DEL CERTIFICADO DE INCAPACIDAD TEMPORAL O DE LICENCIA POR MATERNIDAD. Es el documento que expide el médico u odontólogo tratante, en el cual se hace constar la inhabilidad, el riesgo que la origina y el tiempo de duración de la incapacidad temporal o de la licencia del afiliado.

- Solicitud de Transcripción en revisión interna por Nueva EPS (en proceso de recobro con el empleador, posterior al ajuste se deben radicar los documentos)
- Proceso de transcripción se realizó pasados 30 días calendario siguientes a la fecha de nacimiento del menor (Ley 755 de 2002)
- Incapacidad expedida por medico particular (control por medicina prepagada no cumple con las políticas de nueva EPS)
- Falta copia del certificado de nacido vivo, corrección de incapacidad a Licencia de maternidad, soporte clínico describe recién nacido con signos vitales presentes
- Incapacidad y/o soporte clínico no cumple con los requisitos de ley (incapacidad expedida por el Instituto Nacional de Medicina Legal este tipo de incapacidad solo tiene fines penales y no de orden laboral)

Por lo anterior, es necesario que el afiliado realice el proceso de transcripción el cual podrá realizar desde su celular, descargando la aplicación NUEVA EPS MÓVIL y seleccionando en el menú la opción Transcripción de Incapacidades. También podrá hacerlo desde su computador o cualquier dispositivo con acceso a internet ingresando a nuestra web APP <https://app.nuevaeps.com.co/#/> Opción Transcripción de Incapacidades. Anexando los documentos correspondientes los cuales deben presentarse completos y legibles.

De igual manera es importante indicar que, las recomendaciones de Aislamiento preventivo que sean emitidos 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, 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.

2. La representanteⁱⁱⁱ legal de la sociedad **DAR AYUDA TEMPORAL S.A.**, expuso lo siguiente:

El trabajador ALIRIO PARRA QUINTERO se encuentra afiliado a la NUEVA EPS en calidad de cotizante.

El accionante fue enviado a aislamiento obligatorio por ser caso positivo para COVID-19, sin embargo, la EPS no le dio incapacidad, a pesar de tener síntomas respiratorios como registra en los documentos que aporta. Nótese que en el documento que aporta el accionante, la EPS le ordeno aislamiento estricto hasta el 10 de junio, pero solo hasta el 15 de junio le emitieron orden para reintegrarse a sus labores.

Al parecer la EPS no ha cumplido con su obligación de pagarle al trabajador el auxilio de incapacidad, puesto que por ser afiliada y sus cotizaciones están al día tiene derecho a ello según la ley, sin embargo, para no afectar el salario del trabajador se le hizo el reconocimiento de los días de aislamiento teniendo en cuenta el salario mínimo.

Para el caso de enfermedades de origen común, serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

Esta norma ha de concebirse de acuerdo con lo señalado por el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, a cuyo tenor reza:

ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.

De lo anterior se puede evidenciar que es responsabilidad de la EPS garantizar el pago de las incapacidades al trabajador. Dar Ayuda Temporal SA ha obrado conforme lo indica las normas y la jurisprudencia sin ir en contravía de lo estipulado por estas.

No se opone a las pretensiones de la acción de tutela toda vez que el trabajador se encuentra afiliado y cotizando al sistema de seguridad social, por lo tanto, conforme a la ley, y en la forma como lo sostiene el trabajador, tiene derecho a recibir el pago de sus incapacidades.

3. La **ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES** guardó silencio.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La acción de tutela, consagrada en el Artículo 86 de la Carta Política, es el procedimiento preferente y sumario que tienen las personas para acudir ante los Jueces, con el fin de que le protejan de manera expedita sus derechos Constitucionales fundamentales, cuando quiera que

éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente señalados por la ley, pero solamente en aquellos que carezcan de otros medios idóneos de defensa judicial para su restablecimiento, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Constituye, pues, la figura constitucional un instrumento rápido, sin formalismo, de fácil acceso, capaz de restablecer el derecho volviéndolo a su estado anterior, con la debida eficacia para conjurar una amenaza un peligro inminente de vulneración de los derechos fundamentales y que apunta a remediar tales situaciones, no solo frente a actos escritos, sino a conductas u omisiones de hecho, tanto de las autoridades como de los particulares, descartándose de plano su concepción de medio judicial paralelo o adicional a los ya existentes, de donde se colige su carácter de vía extraordinaria y excepcional, subsidiaria y residual, a la cual puede acudir quien se considere afectado en los aludidos términos con el objeto de demandar su inmediata y oportuna protección.

Tal como lo consagra el Artículo 86 de la Constitución Política, la demanda instaurada en sentido general, no procede contra las acciones u omisiones de los particulares, salvo en casos excepcionales. Así en desarrollo de este precepto el Artículo 42, Numeral Segundo del Decreto 2591 de 1991 estableció su viabilidad, cuando el particular esté encargado de un servicio público.

TESIS DEL DESPACHO

El presente trámite no es procedente para salvaguardar los derechos fundamentales del señor ALIRIO PARRA QUINTERO en consideración a que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

Las razones que justifican lo mencionado, se presentan a continuación:

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

1. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela, en los siguientes términos:

“En múltiples oportunidades esta Corporación se ha pronunciado en relación con el carácter residual de la acción de tutela. Al respecto, ha señalado enfáticamente su improcedencia ante la existencia de otros recursos judiciales adecuados y efectivos para la protección de los derechos fundamentales, que se alegan comprometidos. Al respecto, en la sentencia T-252 de 2005, con ponencia de la Dra. Clara Inés Vargas, se lee:

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que la acción de tutela es un mecanismo de naturaleza subsidiaria y residual destinado a proteger los derechos fundamentales. Esa caracterización implica que, si existe medio de defensa judicial a disposición del interesado, la tutela no puede ser utilizada para sustituirlo o para desplazar a los jueces ordinarios en el ejercicio de sus funciones propias^{iv}. El artículo 86 de la Constitución Política es claro al señalar que la tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, si en el ordenamiento jurídico se prevé otro medio de defensa judicial para lograr la protección pretendida, la acción de tutela no puede desplazarlo, ya que no es el escenario propio para discutir cuestiones que deben ser debatidas ante los estrados de las jurisdicciones ordinarias. No obstante, la jurisprudencia ha señalado que el medio judicial de defensa ha de ser idóneo para alcanzar una protección cierta, efectiva y concreta del derecho fundamental amenazado o vulnerado, lo cual implica que tenga la aptitud suficiente para que a través de él se restablezca el derecho vulnerado o se proteja su amenaza^v” (negritas fuera del texto).

En este sentido, resulta acertado afirmar que la acción de tutela no constituye una instancia adicional en los procesos judiciales contemplados por el ordenamiento jurídico para la definición y resolución de los conflictos legales, siempre y cuando los medios de defensa previstos en su interior, mantengan el nivel de eficacia necesario para proteger los derechos fundamentales de las partes. Sobre este tema, expresó [el máximo Tribunal en lo constitucional, en la sentencia SU-961 de 1999, que]:

“La función de la acción de tutela está claramente definida por el artículo 86 constitucional como procedimiento que no suple a las vías judiciales ordinarias, ya que ‘sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial’, salvo la situación en la cual tiene carácter supletivo momentáneo, que es cuando ‘aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.’” (negritas fuera del texto)

En síntesis, es claro que la acción judicial en mención no fue creada para entorpecer o duplicar el funcionamiento del aparato de justicia concebido por el constituyente y desarrollado por el legislador, sino para mejorarlo, brindando una figura complementaria que permite la protección efectiva de los derechos fundamentales ante la ausencia de otro medio jurídico idóneo a tales efectos.

Se comprende en consecuencia, que cuando se tiene o se ha tenido al alcance un mecanismo jurídico adecuado para la defensa de los derechos e intereses de las personas involucradas en un proceso legal y, más aún, cuando al interior de éste se han respetado las reglas aplicables, así como el libre acceso a la justicia, no se puede adicionar al trámite ya surtido una nueva etapa o instancia procesal, mediante la interposición de una acción de tutela, pues al tenor de la normativa vigente dicho recurso judicial es de naturaleza residual y subsidiaria.

En este sentido, bien puede reiterarse lo expresado por esta Corte respecto a que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio expedito es el respectivo procedimiento ordinario previsto en la ley para tal efecto. Así, quien ha sido vinculado a una causa litigiosa gozando de las debidas oportunidades para intervenir en ella, no puede denunciar la privación de su derecho de defensa, menos aún, cuando tuvo a su disposición los recursos y las oportunidades procesales idóneas para garantizar la vigencia de sus derechos fundamentales y, en particular, aquellas prerrogativas que hacen parte del debido proceso de ley. Sobre este tema, la sentencia C-543 de 1992, con ponencia del Dr. José Gregorio Hernández Galindo^{vi}, enfatiza:

“La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.”^{vii}

2. 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 ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-05-008-2020-00474-00 JOSÉ OMAR CARO MARCIALES y SERVIBOY LTDA vs. COMPENSAR E.P.S. 10 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[...] (...) 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.

3. El 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 ibidem 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 prolongarse 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.

SOLUCIÓN CASO CONCRETO

En el presente trámite, el señor ALIRIO PARRA QUINTERO pretende que se le ordene a NUEVA EPS que ordene, reconozca y pagar la incapacidad que le fue prescrita por el término de aislamiento preventivo, dado su diagnóstico de SARS COV2 (Covid19).

De conformidad con las manifestaciones realizadas en el escrito de tutela, las pruebas aportadas al plenario, así como el precedente constitucional y jurisprudencial en cita, este Despacho considera pertinente analizar en primera medida los requisitos de procedencia de la acción de tutela, así:

Procedencia de la acción de tutela para el caso concreto.

Legitimación por activa: La Constitución prevé en el artículo 86 que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas o, en ciertos eventos, por un particular. A su vez, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991, en cuanto a la legitimación por activa o el interés para interponer la acción, expresa que “(...) la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...)”

En ese sentido, el recurso de amparo puede ser instaurado de manera directa por el titular de los derechos fundamentales o por un tercero quien debe acreditar una de las siguientes cualidades: (i) representante del titular de los derechos, (ii) agente oficioso, (iii) apoderado judicial o (iv) Defensor del Pueblo o Personero Municipal.

El señor ALIRIO PARRA QUINTERO actuando en nombre propio, presentó acción de tutela al considerar que existe vulneración a sus derechos fundamentales, acorde con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Legitimación por pasiva: El numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de un particular, cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de un servicio público. En sentencia T-477 de 2016 dijo la Corte Constitucional que se satisface la legitimación en la causa por pasiva siempre que se demuestre: (i) que la entidad accionada es una autoridad pública; (ii) que el particular demandado se encarga de la prestación de un servicio público; o (iii) que exista una situación de subordinación o indefensión entre el actor y la parte accionada. En el presente caso NUEVA EPS, es una entidad que presta el servicio público de salud.

Inmediatez: Este requisito de procedencia se encuentra regulado también por el artículo 86 de la Constitución Política, el cual precisa que cualquier persona podrá interponer acción de tutela “en todo momento y lugar”, expresión que es reiterada por el Decreto Ley 2591 de 1991 en el artículo 1°. Sin embargo, pese a la informalidad que caracteriza a dicho mecanismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que su interposición debe hacerse dentro de un plazo oportuno y razonable, contado a partir del momento en que ocurre la situación transgresora o que amenaza los derechos fundamentales del accionante.

En este orden de ideas, la inmediatez es una condición que busca que la acción se presente en un término razonable contado desde el momento en que se tiene conocimiento de la violación o amenaza de los derechos fundamentales y no un término de caducidad. Justamente, porque la acción de tutela es un medio excepcional para la protección pronta y eficaz, es que se requiere que se ejerza en un tiempo prudencial. Por ello, el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito para habilitar el estudio de fondo del recurso de amparo, pues se evita el uso de este

mecanismo constitucional como herramienta que facilite la negligencia o indiferencia de los actores, o que propicie inseguridad jurídica.

En el caso concreto, y de acuerdo con los anexos aportados al expediente digital, es claro que, en el mes de junio de 2021, el accionante fue diagnosticado con SARS COV2 (Covid19) y el médico tratante le sugirió aislamiento preventivo, sin emitir ningún tipo de incapacidad, luego entonces, han transcurrido dos (2) meses aproximadamente entre los hechos que originaron el presente trámite y la interposición de la solicitud de amparo; término que se considera prudente y razonable para el ejercicio de la acción.

Subsidiariedad: Conforme con el artículo 86 de la Carta y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: (i) la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o (iii) para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Para el caso de la acción de tutela en materia de salud, la Corte Constitucional ha considerado en algunas sentencias (Sentencias T-603 de 2015, T-098 y T-400 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-450 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) que: “(...) teniendo en cuenta que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, el accionante deberá acudir primero ante la Superintendencia Nacional de Salud para que, de manera definitiva, se garantice, si fuere el caso, el suministro de los procedimientos, medicamentos e insumos no incluidos en el plan de beneficios que fueron solicitados. (...)” Sin embargo, también ha manifestado la Corte que pese a reconocer el carácter principal y prevalente del mecanismo jurisdiccional de dicha autoridad administrativa, no es idóneo o eficaz para casos concretos donde se requiere una protección urgente de los derechos fundamentales invocados por la parte actora o concurran circunstancias particulares que hagan imperativa la intervención del Juez Constitucional. (Sentencia T-375 de 2018).

En el presente asunto, la parte interesada dispone de otro medio judicial para la defensa y protección de sus derechos, como lo es acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, dado que lo reclamado en sede de tutela se constituye en una pretensión de carácter económico, pues lo reclamado es el pago de los días que se encontraba aislado por presentar síntomas de COVID-19, sin embargo, es claro que dicho trámite se torna más dispendioso y tardado para resolver las pretensiones del accionante, por ello, la acción de tutela se torna como mecanismo transitorio de protección en el evento que se llegara a comprobar que el accionante se encuentra sometido a la posible materialización de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, en el expediente digital se encuentra plenamente demostrado que el accionante permaneció en aislamiento preventivo desde el 02/06/2021 hasta el 10/06/2021 por el diagnóstico de SARS COV2 (Covid19 positivo), tiempo durante el cual no pudo desarrollar su actividad laboral en la empresa DAR AYUDA TEMPORAL S.A., en consideración a que su labor no le permitía realizar teletrabajo.

No obstante, en el escrito de tutela el accionante no manifestó ninguna afectación iusfundamental como consecuencia del no reconocimiento y pago de la incapacidad solicitada, no adujo una situación económica precaria, no indicó que las incapacidades constituyeran 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.

Adicionalmente a ello, la empresa DAR AYUDA TEMPORAL S.A., fue muy clara en la contestación de la demanda cuando manifestó lo siguiente: “(...) Sin embargo para no afectar el salario del trabajador se le hizo el reconocimiento de los días de aislamiento teniendo en cuenta el salario mínimo (...)”, es decir, en ningún momento el mínimo vital del accionante fue menoscabado, por el contrario fue protegido por parte del empleador, quien le reconoció los días en que estuvo aislado por COVID-19 y no pudo desempeñar sus labores.

En síntesis, en el presente caso: (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, y (iii) el accionante no alegó ni demostró tener comprometido su mínimo vital o alguna otra circunstancia especial.

Finalmente, se ordenará desvincular a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES y a la empresa DAR AYUDA

TEMPORAL S.A., por cuanto durante el desarrollo del trámite constitucional no se demostró acción u omisión por parte de dichas entidades que hubiera afectado o vulnerado los derechos fundamentales de la accionante.

Por lo expuesto; el JUZGADO ONCE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por ALIRIO PARRA QUINTERO contra NUEVA EPS de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR de las presentes diligencias a la A ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES y a la empresa DAR AYUDA TEMPORAL S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR 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: j11cmbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co.

CUARTO: ENVIAR las diligencias a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, si no fuere impugnada, dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



**MARIA CRISTINA TORRES MORENO
JUEZ**

ⁱ Cédula de ciudadanía del accionante.

ⁱⁱ Dra. Myriam Rocío León Amaya.

ⁱⁱⁱ Sra. Maria Cecilia Arcila Morán.

^{iv} Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-469 de mayo 2 de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-585 de julio 29 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), entre otras.

^v Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T- 225 de 1993 (M.P. Vladimiro naranjo Mesa). En el mismo sentido se puede consultar, entre muchas otras, la sentencia T-1316 de diciembre 7 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

^{vi} Jurisprudencia reiterada, entre otras, en las sentencias T-685 de 2005, T-1235, T-1203, T-329 y T-294, T-764, T-307, T-289, T-108 de 2003.

^{vii} Sentencia T-616 de 2006, MP Dr. Jaime Araujo Rentería.