

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial y no acreditar perjuicio irremediable

(...), ni los elementos fácticos mencionados en la demanda ni las pruebas allegadas al expediente, evidencian que los demandantes se encuentren expuestos a un riesgo inminente y grave, que exija medidas urgentes e imposterables, al punto de que el juez constitucional deba asumir la competencia del juez ordinario, exceptuando la subsidiariedad de la acción de tutela.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID 19-Medidas excepcionales para garantizar el derecho a la salud

Referencia: expedientes acumulados: T-8.181.245 y T-8.189.697

Demandantes: María Camila Pérez Montoya y Richard Norberto Mena Chinchá

Demandados: Nueva EPS, ARL Axa Colpatria y Seguridad Atlas Ltda.

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Cuadro No. 1 – Casos que se revisan

Expedientes

Partes

Despachos Judiciales

que emitieron las decisiones de tutela que se revisan

Sentencias de tutela

T-8.181.245

María Camila Pérez Montoya

Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santiago de Cali

Primera instancia

Improcedente

Nueva EPS

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Constitucional

Segunda instancia

Confirma

T-8.189.697

Richard Norberto Mena Chinchá

Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali

Primera instancia

Improcedente

Nueva EPS, ARL Axa Colpatria, Seguridad Atlas Ltda.

I. ANTECEDENTES

1. Antecedentes comunes a ambos expedientes

1. Los señores María Camila Pérez Montoya y Richard Norberto Mena Chinchá demandaron a la Nueva EPS² por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a

la salud, a la seguridad social, a la vida digna y a la igualdad, al no expedir una incapacidad médica durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio que debieron observar por sospecha de haber contraído Covid-19. La señora Pérez Montoya obtuvo un resultado negativo de la prueba PCR que se le practicó y el señor Mena Chinchá fue diagnosticado con la referida afección.

1. Los demandantes refirieron que sus labores como recepcionista y guarda de seguridad, respectivamente, no les permitieron la realización de sus labores de forma remota. Además, subrayaron que dependen de los salarios devengados en las empresas en donde laboran y que la no cancelación de los catorce (14) días de aislamiento preventivo obligatorio representó un grave perjuicio para ellos y sus núcleos familiares.

1. Antecedentes T-8.181.245 – María Camila Pérez Montoya

1. Hechos probados 3

1. La accionante se encuentra vinculada laboralmente con la empresa Ocupar Temporales S.A. desde el 1 de julio de 2020, desempeñando el cargo de recepcionista, el cual implica su prestación de manera presencial. Devenga un salario mínimo mensual legal vigente. Dicha empresa la vinculó al Sistema General de Seguridad Social en Salud a la Nueva EPS.

1. El 13 de noviembre de 2020 presentó síntomas asociados a una infección por Covid-19, por lo cual acudió al servicio de salud de su EPS, en una cita prioritaria.

1. En dicha consulta, el médico tratante de la Nueva EPS le prestó la atención médica, le expidió una incapacidad por el término de un (1) día, un certificado de aislamiento obligatorio por catorce (14) días y le ordenó la práctica de una prueba de “Hisopado para Coronavirus –

identificación de otro virus (específica) – PCR”4.

1. La Nueva EPS le realizó la prueba diagnóstica requerida el 19 de noviembre de 2020. El 23 de noviembre interpuso queja ante la Superintendencia Nacional de Salud solicitando a la EPS informar el resultado de la prueba.

1. El resultado le fue entregado el 26 de noviembre de 2020, el cual fue negativo.

2. Señala que al estar aislada de manera preventiva sin incapacidad médica no tuvo cómo sustentar sus necesidades básicas ni las de su núcleo familiar durante los días en que estuvo en aislamiento, ni documento que presentar ante su empleador para justificar su inasistencia.

1. La peticionaria se reintegró a sus funciones el 27 de noviembre de 2020.

1. Pretensiones

1. La accionante solicita que la Nueva EPS tramite y pague la respectiva incapacidad médica, por los días en que estuvo en aislamiento obligatorio, es decir, desde el 13 de noviembre al 26 de noviembre de 2020, “toda vez que la incapacidad solicitada se constituye en un sustituto de mi salario para garantizar mi subsistencia y la de mi núcleo familiar, y de no ser posible conceder dicha pretensión (...) que el certificado de aislamiento sirva como medio de contraprestación económico o equivalente a la incapacidad médica y la entidad accionada proceda con el pago de los días en que estuve en aislamiento obligatorio”. La accionante estima que la no expedición de la incapacidad médica desconoce sus derechos al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y a la igualdad.

1. Respuesta de la entidad accionada⁵

Nueva EPS

1. La entidad accionada sostuvo que no está facultada para emitir incapacidades y puso de presente que es el médico tratante quien bajo su criterio profesional decide emitir o no la respectiva incapacidad. Por esta razón considera que carece de legitimación por pasiva y en consecuencia solicitó su desvinculación del proceso de tutela.

1. De igual manera aseveró que en el caso bajo examen no se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela pues la demandante puede acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar el pago de los emolumentos económicos derivados de la relación laboral.

1. Decisiones de tutela que se revisan

1. Primera instancia

1. Mediante sentencia emitida el 4 de enero de 2021 el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santiago de Cali declaró improcedente la tutela, teniendo en cuenta que: (i) a la demandante no se le ha expedido ninguna incapacidad médica, por lo cual no se le puede aplicar la jurisprudencia constitucional que, de forma excepcional, ha precisado que el no pago de las incapacidades desconoce derechos fundamentales y que, al

efecto, el juez constitucional no puede invadir las competencias del profesional de la salud; (ii) no existen reglas frente al reconocimiento de compensación económica para personas a las que se ordena aislamiento obligatorio, pero no incapacidad, incluso en casos positivos para Covid-19; (iii) el empleador podía optar por vacaciones anticipadas, pago sin prestación del servicio, teletrabajo o trabajo en casa, licencia remunerada compensable; (iv) se trata de una controversia que involucra derechos económicos, por lo cual debe acudir a la vía judicial y/o administrativa correspondiente, en consecuencia no se cumple con el requisito de subsidiariedad; y (v) la demandante se encuentra vinculada laboralmente y eso le permite sufragar sus gastos básicos, sin que se verifique la existencia de perjuicio irremediable alguno.

1. Impugnación

1. Entre otros argumentos, que se suman a los planteados en la demanda, señaló que la jurisdicción ordinaria laboral no es el mecanismo idóneo ni eficaz para proteger sus derechos fundamentales, pues lo que se discute aún no se encuentra regulado legalmente.

1. Segunda instancia:

1. En sentencia del 19 de febrero de 2021, el Tribunal Superior del distrito Judicial de Cali –Sala de Decisión Constitucional– confirmó la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta los argumentos expuestos por el a quo, haciendo énfasis en que no está demostrado el perjuicio irremediable.

1. Antecedentes T-8.189.697 – Richard Norberto Mena Chinchá

1. Hechos probados⁶

1. Igualmente, se encuentra afiliado a la Nueva EPS y a la ARL Axa Colpatria, con cuyos aportes se encuentra a paz y salvo a la fecha de presentación de la tutela.

1. El 27 de noviembre de 2020 la Clínica Rafael Uribe S.A.S. le indicó que debía permanecer en aislamiento, hasta tanto no se tuviera conocimiento de si los síntomas que presentaba, tales como fiebre, congestión nasal y anosmia, tenían relación con la enfermedad Covid-19.

1. El 30 de noviembre de 2020 el laboratorio IDIME le tomó la prueba correspondiente y el 2 de diciembre de 2020 se le informó que dicha prueba había resultado positiva para Covid-19, por lo que debía permanecer en aislamiento.

1. Informó al empleador de las medidas adoptadas por el centro de salud y la imposibilidad de presentarse a laborar.

1. Debido a lo expuesto, solicitó a la Nueva EPS que le expidiera la incapacidad médica correspondiente, pero tal petición no fue atendida, sin darle razones para tal proceder.

1. El actor se reintegró al trabajo el 11 de diciembre de 2020.

1. Pretensiones

1. Estima que la negativa de la EPS vulnera sus derechos al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, y a la vida digna, porque durante el periodo de aislamiento obligatorio no devengó salario alguno y no pudo atender las necesidades básicas de él y su familia, pues depende de su salario. Sumado a lo anterior, también su familia se vio obligada a aislarse, sin ninguna posibilidad de ingresos.

1. En consecuencia, solicita que se le reconozca y pague la incapacidad médica desde de 27 de noviembre hasta el 10 de diciembre de 2020, periodo que duró su aislamiento obligatorio.

1. Respuesta de las entidades accionadas

Nueva EPS

1. La entidad accionada sostuvo que no está facultada para emitir incapacidades y puso de presente que es el médico tratante quien, bajo su criterio profesional, decide emitir o no la respectiva incapacidad. Por esta razón considera que carece de legitimación por pasiva y, en consecuencia, solicitó su desvinculación del proceso de tutela.

1. De igual manera, aseveró que en el caso bajo examen no se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela pues el demandante puede acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar el pago de los emolumentos económicos derivados de la relación laboral.

ARL Axa Colpatria

1. La ARL afirma que no existe un reporte de accidente laboral o de enfermedad laboral relacionada con el accionante. Igualmente manifiesta que la medida de aislamiento preventivo no constituye una incapacidad, motivo por el cual no existen prestaciones a su cargo. En consecuencia, solicita la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela.

Seguridad Atlas Ltda.

1. El empleador del accionante advierte que ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones laborales con su empleado en virtud del contrato laboral suscrito entre las partes. Asimismo, afirmó que la empresa “debe mantener al día el pago de salarios y prestaciones sociales de más de 11.000 hombres y mujeres sin importar la situación económica, lo que ha forzado el endeudamiento, poniendo en riesgo su perdurabilidad”, motivo por el cual le “resulta materialmente imposible asumir obligaciones que le son propias de la NUEVA EPS , pues es a esta entidad a la que le corresponde reconocer y efectuar el pago del aislamiento preventivo obligatorio ordenado al señor RICHARD NORBERTO MENA CHINCHA conforme con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y los Decretos 4023 de 2011 y 780 de 2016 e incluir en el presupuesto anual de la empresa los valores que resulten de las incapacidades generadas por la EPS”.

1. Decisiones de tutela que se revisan

1. Única instancia

1. Mediante sentencia del 11 de febrero de 2021, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali declaró improcedente la tutela al no encontrar acreditado el requisito de subsidiariedad, teniendo en cuenta que: (i) no se demostró el estado de vulnerabilidad del demandante; (ii) el accionante se encuentra laborando y percibe un salario que le permite sufragar sus gastos básicos lo que, a su vez, le permite acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para solicitar la protección de sus derechos; (iii) no se ha probado afectación alguna al mínimo vital y móvil; (iv) no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable y, (v) por lo tanto, consideró que la vía ordinaria laboral es ante la cual se debe dirimir el conflicto planteado.

1. Actuaciones en sede de revisión

1. En auto de 19 de agosto de 2021, el magistrado sustanciador solicitó a los juzgados de primera instancia en ambos procesos remitir copia de los anexos presentados con la demanda de tutela.

1. Igualmente, se solicitó a los accionantes, lo siguiente: (i) informar cómo afectó su subsistencia, salud, seguridad social, vida digna e igualdad, la falta de ingresos derivada de los catorce (14) días de aislamiento preventivo obligatorio al que estuvieron sujetos, al presentar síntomas asociados con la enfermedad derivada del coronavirus Covid-19; y (ii) remitir copia de los documentos presentados con la demanda de tutela y todos aquellos que consideraran relevantes para justificar el elemento anterior.

1. Mediante correo electrónico, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santiago de Cali remitió copia del expediente de tutela comprendido por 31

archivos digitales7.

2. Por su lado, mediante correo electrónico, la accionante remitió un escrito en el cual afirma que sus derechos fundamentales se vieron seriamente afectados en la medida en que no tuvo recursos con que solventar sus necesidades básicas durante el periodo de aislamiento. Aseveró que la EPS actuó de manera negligente al retrasar la realización de la prueba ordenada y posteriormente la entrega de los resultados. Igualmente sostuvo que debido a la falta de ingresos tuvo que posponer la matrícula al programa de estudio “LICENCIATURA EN LENGUAS EXTRANJERAS INGLES- FRANCES MIXTA, de la Universidad Santiago de Cali”, así como el pago de la factura de su línea móvil.

1. Como sustento de la afectación alegada, la accionante adjuntó: su cédula de ciudadanía; la historia clínica de atención médica; la incapacidad médica del 13 de noviembre de 2020; el certificado de aislamiento emitido por la entidad de salud; una queja radicada ante la Superintendencia Nacional de Salud; el resultado de la prueba por Covid-19; un certificado de aportes al sistema de seguridad social integral; el fallo de tutela de primera instancia y el fallo de tutela de segunda instancia. Asimismo, allegó el plan de estudios individual en el que aparece consignado que, de las 54 asignaturas del programa, ha aprobado 51 y no tiene ninguna materia pendiente. Igualmente adjuntó la factura para el mes de noviembre del periodo facturado entre noviembre y diciembre de 2020 por un total de \$27,990.

Respuesta al auto de pruebas: expediente T-8.189.697

1. Mediante correo electrónico, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali remitió los anexos allegados al proceso por el accionante en la presentación de la solicitud de tutela, consistente en 3 archivos digitales. Estos contienen la historia clínica del peticionario, el resultado de la prueba PCR con resultado positivo para Covid-19 y el certificado de reintegro laboral con fecha de 10 de diciembre de 2020.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 86, inciso 3°, y el artículo 241.9 de la Constitución, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

1. Procedibilidad de las acciones de tutela

1. Antes de formular un problema jurídico sustancial, le corresponde a la Sala establecer si las demandas de tutela satisfacen los requisitos generales de procedencia. Como se precisa seguidamente, las solicitudes de tutela no satisfacen el requisito general de procedencia de subsidiariedad. Por ello, desde ya, anuncia que confirmará las sentencias de instancia en ambos procesos.

1. Análisis del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad

1. Legitimación en la causa

1. Activa

1. Según el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela es un mecanismo judicial subsidiario al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos señalados en la ley. En desarrollo del citado mandato, el Decreto 2591 de 1991, en el artículo 10, define a los titulares de esta acción, al establecer que la misma podrá ser interpuesta (i) en forma directa por el interesado; (ii) por intermedio de un representante legal (es el caso de los menores de edad o de las personas jurídicas); (iii) mediante apoderado judicial (esto es, por medio de un abogado titulado con poder judicial); (iv) o por medio de un agente oficioso (lo que exige que el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia defensa).

1. En los casos objeto de estudio, se encuentra acreditado que ambos accionantes tienen legitimación por activa para formular la solicitud de tutela bajo examen, toda vez que son personas naturales quienes, actuando en nombre propio, reclaman la protección de sus derechos constitucionales fundamentales presuntamente vulnerados por las entidades accionadas.

1. Pasiva

1. Los artículos 5 y 13 del Decreto Ley 2591 de 1991 prevén que la acción de tutela se puede promover “contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar” y se dirigirá “contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental”.

1. Al respecto, esta Corte ha señalado que, “la legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”⁸, para lo cual ha precisado que se debe “verificar que el accionado sea (i) quien efectivamente está poniendo en riesgo o afectando los derechos fundamentales de quien solicita el amparo, esto es, que quien está siendo identificado como desconocedor de las garantías ius-

fundamentales del accionante, sea quien efectivamente incurrió en la conducta u omisión que se considera como vulneradora o (ii) sea la autoridad que, desde las funciones que legal y constitucionalmente le han sido encargadas, cuente con la posibilidad de desplegar una conducta que permita superar la situación de desprotección en que el actor aduce encontrarse inmerso”⁹.

1. En los casos bajo estudio, los accionantes acusan a la Nueva EPS de haber vulnerado sus derechos fundamentales al no emitir las incapacidades a las que consideran tener derecho, pese a haber sido sometidos a la medida de aislamiento preventivo obligatorio por prescripción médica durante 14 días. En consecuencia, solicitan se le ordene a dicha empresa promotora de salud la expedición y pago de la incapacidad correspondiente al periodo en el cual estuvieron bajo la medida de aislamiento previamente mencionada.

1. En virtud de lo expuesto, en ambos casos resulta claro para la Sala la existencia de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Nueva EPS, por cuanto dicha entidad no desconoce que sus médicos adscritos no emitieron una incapacidad en los eventos alegados por los peticionarios ni afirma haber pagado incapacidad alguna por dicho concepto. En ese sentido, la Nueva EPS incurrió en una conducta u omisión que potencialmente puede resultar ser vulneradora de los derechos fundamentales de los accionantes, razón por la cual se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

1. Ahora, en cuanto a la legitimación por pasiva de los empleadores de los accionantes y de la ARL Axa Colpatria en el caso del señor Mena Chinchá, es posible afirmar que no existe legitimación por pasiva frente a la pretensión formulada por los accionantes; sin embargo, deben mantenerse vinculados al proceso de amparo constitucional en virtud de su calidad de terceros con interés en el resultado de proceso y, por lo tanto, pasibles de la formulación de órdenes por parte del juez constitucional.

1. Inmediatez

1. Como requisito de procedibilidad de la acción de tutela también se exige que su interposición se haga dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente, con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.

1. En los casos bajo examen, la acción de tutela fue presentada en un término razonable. En el caso de la señora María Camila Pérez Montoya, la demanda de tutela fue presentada en el mes de diciembre de 2020 y su aislamiento preventivo finalizó el 27 de noviembre de ese mismo año. En el caso del señor Richard Norberto Mena Chinchá, la petición de tutela fue interpuesta en el mes de enero de 2021 y su aislamiento preventivo finalizó el 12 de diciembre de 2020.

1. Subsidiariedad

1. Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política¹⁰ y los artículos 5º, 6º y 8º del Decreto Ley 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona para la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión en que incurra cualquier autoridad pública o un particular, esto último, en los casos específicamente previstos por el Legislador.

1. No obstante, el artículo 86 superior señala que “[e]sta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Según la jurisprudencia constitucional, en la medida en que el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo, por supuesto, los de carácter fundamental, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón de la necesidad de preservar las competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, a fin de impedir no solo su paulatina desarticulación sino, también, garantizar el principio de seguridad jurídica¹¹.

1. Así, en virtud del carácter subsidiario de la tutela, esta procede en dos situaciones: (i) cuando en el ordenamiento jurídico no existan otros mecanismos de defensa judicial, idóneos y eficaces, para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados; y (ii) cuando, a pesar de su existencia, el accionante se encuentra expuesto a la consumación de un perjuicio irremediable, evento en el cual, en principio, el amparo sería de carácter transitorio. La inobservancia de este requisito de procedibilidad es causal de improcedencia de la tutela, a la luz de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991.

1. Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que, de existir otro medio de defensa judicial, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto, con el fin de determinar la idoneidad y eficacia del referido medio para lograr la protección pretendida en el contexto en el que se encuentra el sujeto activo de la acción. En este sentido, esta Corte ha precisado que “será idóneo y eficaz el otro mecanismo de defensa cuando: i) ofrece la resolución del asunto en un término razonable y oportuno; ii) el objeto del mecanismo judicial alternativo permite la efectiva protección del derecho y el estudio del asunto puesto en consideración por el demandante; iii) tenga la virtualidad de analizar las circunstancias particulares del sujeto y de tomar una decisión que garantice justicia formal y material; iv) no imponga cargas procesales excesivas que no se compadecen con la situación del afectado; y v) permita al juez proveer remedios adecuados

según el tipo y magnitud de la vulneración”¹².

1. De igual modo, la jurisprudencia constitucional ha referido que para determinar la configuración de un perjuicio irremediable deben concurrir los siguientes elementos¹³: (i) el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder; (ii) las medidas necesarias para conjurarlo han de ser urgentes, con el propósito de brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño y para armonizarlas con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un detrimento transcendente en el haber jurídico (moral o material) de una persona; y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, en otras palabras, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia, a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable¹⁴.

1. En los casos acumulados no se satisface la exigencia de subsidiariedad.

Existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo y efectivo

1. El conflicto planteado por los accionantes consiste en la no percepción de ingresos durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio. En efecto, ambos demandantes concuerdan en afirmar que durante dicho lapso no percibieron ingreso alguno y si bien le atribuyen a la EPS la responsabilidad de dicha circunstancia, no es posible desconocer que su fuente principal de ingresos es el salario que devengan en virtud del contrato laboral celebrado con su empleador -sobre el cual, dicho sea de paso, no existe discusión en relación con su validez y vigencia-, mas no la incapacidad laboral que no fue expedida bajo el criterio médico del médico tratante.

1. Es decir, pese a que los peticionarios enfocan su acusación contra la EPS a la que se

encuentran afiliados, al considerar que tenían derecho a la prescripción de una incapacidad médica, lo cierto es que ambos demandantes se encontraban al momento de los hechos -y actualmente se encuentran- vinculados por medio de un contrato laboral que, conforme a la información y al material probatorio allegado al proceso, tanto por los demandantes como por los accionados y terceros vinculados al mismo, no fue suspendido durante el periodo de aislamiento obligatorio. En esa medida, es dable afirmar que prima facie las obligaciones que se derivan de la relación laboral para ambas partes se encontraban vigentes al momento de la adopción de la medida de aislamiento por parte del médico tratante.

1. De esta forma, como el pago del salario es la regla general bajo circunstancias normales en una relación laboral, el no pago del mismo en tanto excepción a dicha regla general debe responder a una autorización normativa o judicial en la medida que, además de constituir un derecho bajo especial protección del Estado¹⁵, el no pago del salario conlleva a la vulneración de múltiples derechos fundamentales¹⁶.

1. Por lo tanto, el problema jurídico principal de ambos casos consiste en determinar si la orden de aislamiento preventivo obligatorio expedida por el médico tratante ante la sospecha de Covid-19 del trabajador es un evento que suspende o no las obligaciones del contrato laboral referidas al pago y a la prestación del servicio ante la inasistencia por parte del empleado a sus labores ordinarias, como consecuencia de una circunstancia ajena a su voluntad y en virtud de las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria para el control de una pandemia.

1. De lo anterior, encuentra la Sala que la naturaleza del litigio en ambos casos es primordialmente laboral y de manera subsidiaria de seguridad social. Lo anterior, por cuanto la materia sometida a debate se relaciona con la institución del salario en el desarrollo del contrato laboral y con lo que la jurisprudencia ha reconocido como su sustituto: la incapacidad laboral¹⁷.

1. Ahora, en cuanto a la jurisdicción que debe conocer sobre la litis, es pertinente mencionar que conforme a los numerales 1º y 4º, 5º y 6º del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social¹⁸, la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social conoce de: “1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo; [...] 4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos. 5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad. 6. Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive”. De esta forma, queda clara la competencia de la jurisdicción laboral para pronunciarse tanto sobre la controversia salarial de la relación laboral anteriormente mencionada, como sobre la planteada por los accionantes relacionada con las obligaciones de la Empresa Promotora de Salud a la que se encuentran afiliados.

1. De conformidad con lo desarrollado hasta el momento, la jurisdicción llamada a conocer de manera primigenia sobre la controversia suscitada en los casos bajo examen es la jurisdicción laboral.

1. Así, el conocimiento del asunto mencionado corresponde a los “jueces municipales de pequeñas causas y competencia múltiple, donde existen conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía no exceda del equivalente a veinte (20) veces el salario mínimo legal mensual vigente”¹⁹. El proceso laboral de única instancia se caracteriza por permitir que las partes litiguen en causa propia sin la necesidad de un abogado²⁰, no requiere demanda escrita, por lo que puede ser presentada de manera verbal²¹ y se desarrolla en una audiencia²². Adicionalmente, el proceso laboral se guía por los principios de gratuidad²³ y de libertad²⁴, y el juez cuenta con la facultad de adoptar “las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la

agilidad y rapidez en su trámite”²⁵, “rechazar cualquier solicitud o acto que implique una dilación manifiesta o ineficaz del litigio”²⁶, así como de fallar extra y ultra petita²⁷.

1. En consecuencia, el mecanismo de defensa judicial ordinario es eficaz e idóneo para lograr la efectiva protección de los derechos de los accionantes. En efecto, las características anteriormente esbozadas del proceso laboral de única instancia de cara a la materia del litigio en los casos de la señora Pérez Montoya y del señor Mena Chinchá, (i) permite la resolución del asunto en un término razonable y oportuno; (ii) su objeto permite la efectiva protección del derecho y el estudio del asunto puesto en consideración por los demandantes; (iii) tiene la virtualidad de analizar las circunstancias particulares del sujeto y de tomar una decisión que garantice justicia formal y material; (iv) no impone cargas procesales excesivas que no se compadecen con la situación de los accionantes; y (v) permita al juez proveer remedios adecuados según el tipo y magnitud de la vulneración.

No se evidencia el riesgo de consumación inminente de un perjuicio irremediable

1. Como se expuso previamente, según la jurisprudencia constitucional, un perjuicio, para tener la connotación de irremediable, debe ser “(i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”²⁸.

1. En los casos bajo análisis, ni los elementos fácticos mencionados en la demanda ni las pruebas allegadas al expediente, evidencian que los demandantes se encuentren expuestos a un riesgo inminente y grave, que exija medidas urgentes e impostergables, al punto de que el juez constitucional deba asumir la competencia del juez ordinario, exceptuando la

subsidiariedad de la acción de tutela. Ambos accionantes reconocieron haber sido reintegrados a sus labores al día siguiente a la finalización del periodo de aislamiento y afirmaron continuar vinculados mediante contrato laboral con sus empleadores al momento de interposición de la solicitud de amparo.

1. De esta forma, los accionantes contaban para el momento de presentación de las solicitudes de tutela –y en la actualidad, como lo evidencian las pruebas allegadas al expediente– con un ingreso que les permitía satisfacer sus necesidades y no existe algún elemento que le permita a la Sala llegar a la conclusión de que la conducta que presuntamente generó la vulneración de los derechos de los peticionarios, esto es, la no percepción de ingresos durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio debido al no pago del salario y a la inexistencia de una incapacidad médica que lo sustituya, se haya extendido en el tiempo con posterioridad a la finalización del periodo de aislamiento o que tenga efectos graves e inminentes a la fecha. Este hecho descarta la inminencia del perjuicio alegado y afecta en igual manera la presunta gravedad del mismo, motivo por el cual no evidencia la Sala que exista el riesgo inminente de un perjuicio irremediable en ninguno de los casos bajo examen, y que, en consecuencia, dé lugar al amparo constitucional como mecanismo transitorio.

1. En consecuencia, al encontrar que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela ni encontrar acreditada la existencia de un perjuicio irremediable en ninguno de los casos sub examine, la Sala confirmará los fallos del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santiago de Cali y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Constitucional en el expediente T-8.181.245 y del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali en el expediente T-8.189.697.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR el fallo dictado por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali del 19 de febrero de 2021 que, a su vez, confirmó el proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santiago de Cali del 4 de enero de 2021, que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por María Camila Pérez Montoya contra la Nueva EPS, conforme a las consideraciones de la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. – CONFIRMAR el fallo dictado por Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali del 11 de febrero de 2021, que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por Richard Norberto Mena Chinchá contra la Nueva EPS, Seguridad Atlas Ltda., y la ARL Axa Colpatria, conforme a las consideraciones de la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. – Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Los cuales llegaron a la Corte Constitucional en virtud de lo ordenado por los artículos 86,

inciso 2º, de la Constitución y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, acumulados por unidad de materia por medio de auto del 29 de junio de 2021, emitido por la Sala de Selección de Tutelas No. 6.

2 En el caso del señor Mena Chinchá también fueron demandadas la ARL Axa Colpatria y la empresa Seguridad Atlas Ltda.

3 La situación fáctica descrita en esta sentencia se circunscribe a las afirmaciones que cuentan con respaldo probatorio recaudado en las instancias de tutela o en sede de revisión.

4 Expediente digital. Historia Clínica allegada por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, en respuesta al auto de 19 de agosto de 2021 proferido por el despacho del magistrado sustanciador, fl. 2.

5 Expediente digital, auto de sustanciación No. 1295 de 18 de diciembre de 2020. El empleador de la accionante, Ocupar Temporales S.A., y la Superintendencia Nacional de Salud fueron vinculados al trámite de la acción de tutela debido al interés que podrían tener en el resultado del proceso, mediante auto admisorio del 18 de diciembre de 2020 proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santiago de Cali.

7 Los documentos remitidos corresponden a los siguientes conceptos: así: 01.- Constancia de Reparto.pdf; 02.- Demanda de Tutela.pdf; 03.- Anexo Cédula de Ciudadanía.pdf; 04.- Anexo Historia Clínica.PDF; 05.- Anexo Incapacidad.pdf; 06.- Anexo Remisión.PDF; 07.- Anexo Queja Supersalud.pdf; 08.- Anexo Prueba COVID.pdf; 09.- Anexo Certificado Aportes.pdf; 10.- Admite Trámite de Tutela.pdf; 11.- Constancia Notificación Admisión.pdf; 12.- Constancia Notificación Ocupar Temporal.pdf; 13.- Respuesta Ocupar Temporales.pdf; 14.- Respuesta Supersalud.pdf; 15.- Respuesta Nueva EPS.pdf; 16.- Respuesta Complemento Nueva EPS.pdf; 17.- Fallo de Tutela.pdf; 18.- Constancia Notificación Fallo.pdf; 19.- Constancia Impugnación Accionante.pdf; 20.- Escrito de Impugnación.pdf; 21.- Constancia de Ejecutoria Tutela Impugnada.pdf; 22.- Remite Impugnación al Tribunal.pdf; 23.- Ficha Remisión Segunda Instancia.pdf; 24.- Constancia de Reparto Tribunal.pdf; 25.- Constancia de Recibido.pdf; 26.- Fallo de Segunda Instancia.pdf; 27.- Oficios Notificación Segunda Instancia.pdf; 28.-

Constancia de Recibido.pdf; 29.- Requerimiento Información Corte Constitucional.pdf; 30.- Oficio Requerimiento Información.pdf; 31.- Remisión Contestación Corte.pdf

8 Sentencia T-416 de 1997.

9 Sentencia T-379 de 2018.

10 Constitución Política, artículo 86: “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. [...] Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (negrilla fuera del texto).

11 Sentencia T-318 de 2017.

12 Sentencia SU-772 de 2014.

13 Sentencia T-370 de 2017.

14 Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.

15 Cfr. Sentencias SU-995 de 1999 y C-521 de 1995.

16 Sentencia SU-995 de 1999: “En el asunto que ocupa a la Corte, no cabe duda, tal y como ya se consideró, el no pago o el pago tardío del salario genera la violación de múltiples derechos fundamentales, y hace precisa la pronta intervención del funcionario judicial para poner término al abuso del empleador y restituir las garantías del trabajador. Obviamente, no se trata de usar la tutela para el reconocimiento, liquidación o reliquidación de obligaciones de origen laboral -aunque en casos excepcionales esta Corporación ha dado la orden de proceder a ello en lapsos perentorios-, sino para proteger derechos indiscutibles, reconocidos por el empleador, ordenados por las normas laborales, o declarados por medio de providencia judicial en firme”.

17 Cfr. Sentencia T-161 de 2019, entre muchas otras.

18 Decreto Ley 2158 de 1949.

19 Decreto Ley 2158 de 1949, art. 12.

20 Decreto Ley 2158 de 1949, art. 33.

21 Decreto Ley 2158 de 1949, art. 70.

22 Decreto Ley 2158 de 1949, art. 72.

23 Decreto Ley 2158 de 1949, art. 39.

24 Decreto Ley 2158 de 1949, art. 40.

25 Decreto Ley 2158 de 1949, art. 48.

26 Decreto Ley 2158 de 1949, art. 49.

27 Decreto Ley 2158 de 1949, art. 50: “El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas”.

28 Cfr. Sentencias T-786 de 2008, T-751 de 2012 y T-506 de 2015, entre otras.