



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 6
MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACTOR: CARLOS ALBERTO GOMEZ MONROY
ACCIONADO: POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A.- ARL
POSITIVA Y OTROS.
VINCULADOS: E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL
DE TUNJA, IPS CLINICA LOS ANDES DE TUNJA,
MOYA HERMANOS Y CIA CARDIOPED G&C SAS
RADICACION: 15001333300220200004601

I. LA ACCIÓN

Procede la Sala a pronunciarse respecto de la impugnación presentada por la accionada, POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A. ARL - en adelante POSITIVA ARL, contra el fallo de tutela proferido el veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020) por el Juzgado Segundo Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja, en el que se resolvió tutelar los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas del señor CARLOS ALBERTO GÓMEZ MONROY.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda de tutela: El accionante, señor CARLOS ALBERTO GÓMEZ MONROY, formuló solicitud de tutela en contra de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. ARL- en adelante POSITIVA ARL, MINISTERIO DE HACIENDA Y MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en orden a reclamar la protección de sus derechos fundamentales a la salud integral, a la vida, al trabajo en condiciones dignas y justas, y como consecuencia de ello, solicitó lo siguiente:

(i) Ante la inminencia de la emergencia sanitaria declarada mundialmente por la Pandemia denominada COVID -19, se garantice EN FORMA INMEDIATA, por parte de las entidades accionadas, la entrega de los suministros y equipos que contengan todas las medidas de protección y bioseguridad que permitan que su labor como médico supra especialista, sea desarrollada en las condiciones mínimas de seguridad y dignidad, entre las cuales resaltó las siguientes:

- Mascarilla quirúrgica (Cantidad -mínimo 30 por mes).
- Visor, gafas de succión, pantalla facial (careta) (Cantidad -mínimo 5 por mes).
- Bata manga larga antifuído. (Cantidad -mínimo 30 por mes).
- Mascarilla de alta eficiencia (Tipo N95 o FFP2) (Cantidad -mínimo 30 por mes).
- Vestido quirúrgico debajo de la bata que se retira al final del turno. (Cantidad -mínimo 30 por mes).
- Gorro (Cantidad -mínimo 30 por mes).
- Valoración por salud ocupacional, para verificar las condiciones de trabajo.

(ii) Protección de su derecho fundamental a la salud integral, continuo, efectivo, oportuno y eficaz, en el marco de la Ley 1751 de 2015 "Ley Estatutaria de Salud", de manera que cualquier contagio, enfermedad o consecuencia derivada del COVID -19, sea asumida por las accionadas sin dilaciones.

(iii) Se ordene a las accionadas Ministerio de Hacienda- Ministerio de Salud y Protección Social y Positiva Compañía de Seguros S.A-ARL POSITIVA y/o quien corresponda o quien haga sus veces al momento de la notificación, asuman en

forma solidaria la responsabilidad por la omisión de la entrega de elementos de bioseguridad en caso de presentar contagio por COVID- 19 o cualquier otro tipo de enfermedad o incapacidad derivada de mi ejercicio profesional, como consecuencia de la pandemia declarada.

(iv) POSITIVA ARL de cumplimiento de las medidas y disposiciones contenidas en el Decreto legislativo No 500 del 31 de marzo de 2020.

(v) Se tutele su derecho al trabajo en condiciones dignas, justas y seguras, como cardiólogo pediatra que presta sus servicios a favor de la población pediátrica más vulnerable y que en caso de contagio por el COVID- 19, no sería factible la prestación de esta supra especialidad.

(vi) Se vincule a la entidad encargada de la Inspección, Vigilancia y Control Superintendencia de Salud, en aplicación de la Ley 1122 de 2007 y Ley 1438 de 2011.

Como fundamento de su solicitud, expuso los siguientes supuestos fácticos:

Es médico general, especialista en pediatría, supra especialista en cardiología pediátrica, ejerce su profesión de cardiólogo pediatra en la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja y en la IPS Clínica de los Andes de Tunja desde 2015 y 2016, respectivamente.

Indicó que desde la declaratoria de la pandemia COVID-19 ha prestado sus servicios en las mencionadas entidades sin que la administradora de riesgos laborales (ARL) le haya entregado algún elemento de protección o seguridad personal que le garantice un trabajo digno y seguro, lo que lo expone día a día ya que desarrolla actividades como realización de electrocardiogramas transtorácicos pediátricos en la unidad de cuidados intensivos pediátricos, unidad de cuidados intensivos e intermedio neonatal, sala de reanimación de urgencias y piso de pediatría, está en contacto permanente con pacientes

provenientes de diversas regiones del departamento que se encuentran en malas condiciones, bajo ventilación mecánica, que potencialmente pueden tener y transmitir la enfermedad COVID-19, conllevando a un mayor riesgo en el ejercicio de su labor. **-Aclaró que es el único cardiólogo pediatra que presta el servicio en dichas entidades.**

Mencionó que por la emergencia sanitaria y la cuarentena declarada está prestando sus servicios como cardiólogo pediatra con una frecuencia de cuatro (4) días por semana, lo que implica desplazamiento hasta sus lugares de trabajo, con el agravante de desarrollar su actividad en las unidades de cuidado intensivo, en las condiciones ya enunciadas.

Señaló que está casado y tiene dos hijos menores de edad de 10 y 11 años- que podrían verse afectados por su profesión, sin embargo, dejar de laborar implicaría afectar el mínimo vital de su familia.

Asimismo, dijo que durante el año 2020 no ha salido del país ni ha tenido contacto con persona procedente del extranjero.

Adujo que realiza puntualmente sus cotizaciones al sistema general de seguridad social y parafiscal como independiente, sobre la base del 40% de lo facturado, lo cual, entre otras, arroja un valor mensual por aporte a la ARL POSITIVIA alrededor de \$245.000.

Resaltó que el Ministerio de Salud y Protección Social y Presidencia expidieron lineamientos para prevención, control y reporte de accidente por exposición ocupacional al COVID-19 en instituciones de salud y la Circular No. 0029 del 03 de abril de 2020 que indica la responsabilidad de la ARL en la entrega de los elementos de protección personal, las cuales han sido omitidas por las accionadas.

Medida provisional

Adicionalmente, solicitó la adopción de medidas inmediatas, urgentes y necesarias para proteger los derechos fundamentales invocados y evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, consistente en la entrega de suministros y equipos que contengan todas las medidas de protección y bioseguridad para el desarrollo de su labor en condiciones mínimas de seguridad y dignidad como médico supra especialista. Enlistó los elementos previamente descritos en los antecedentes, petición **(i)**.

2.2. Admisión de la solicitud de tutela (Expediente 2, pág. 2-9):

Mediante auto del 14 de abril de 2020 el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja admitió la solicitud de tutela instaurada por el señor Carlos Alberto Gómez Monroy y vinculó al trámite a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA y a la IPS CLINICA DE LOS ANDES DE TUNJA.

Respecto a la medida provisional, ordenó a POSITIVA ARL que en el término de veinticuatro (24) horas, contadas a partir de la notificación de la providencia, valorara las condiciones de trabajo y exposición del riesgo del actor y le suministrara los elementos de seguridad: mascarilla quirúrgica, visor, gafas de succión, pantalla facial careta, bata manga larga antifluido, mascarilla de alta eficiencia (Tipo N95 o FFP2), vestido quirúrgico debajo de la bata que se retira al final del turno y gorro, que por el momento y dado que se trata de una medida provisional, se ordenó en cantidad suficiente para 30 días (sin perjuicio de lo que se decida en la sentencia), y solicitó que se allegara constancia del cumplimiento de esta medida dentro del mismo término.

2.3. Pronunciamiento de las partes accionadas y vinculadas

2.3.1. Positiva Compañía de Seguros S.A. ARL- (Expediente 2, pág. 16 - 24)

- En su escrito de contestación, la accionada POSITIVA ARL en primer lugar se pronunció frente a la medida provisional indicando que conforme a informe certificado por la Gerencia de Afiliaciones y Novedades de POSITIVA ARL, el accionante no registra afiliación en calidad de independiente ni en calidad de dependiente por intermedio de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA, así como tampoco con la IPS CLINICA LOS ANDES DE TUNJA, razón por la cual no tiene cobertura, siendo que la afiliación a la ARL es requisito *sine quantum* para tener derecho a las prestaciones económicas y asistenciales conforme al Decreto Ley 1295 de 1994 y Decreto 723 de 2013, por lo cual, indicó que POSITIVA ARL no se encuentra legitimada para actuar en esta tutela.

Mencionó además que el accionante presenta tres afiliaciones con POSITIVA ARL: la primera, en calidad de trabajador dependiente por intermedio de la UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA, la segunda, en calidad de trabajador independiente por intermedio de CARDIOPED G&C S.A.S. y la tercera en calidad de trabajador independiente a través de MOYA HERMANO Y CIA, resaltó que conforme a los hechos de la tutela el accionante no manifestó estar cumpliendo funciones como médico en ninguna de estas instituciones.

Adicionalmente, recordó que POSITIVA ARL es una entidad pública que maneja dineros del Estado, y en ese orden, sus funcionarios deben velar por la correcta administración de sus recursos, para que cada concepto pagado obedezca a lo determinado en la Ley.

En segundo lugar, se pronunció frente a los hechos y la pretensión indicando que, en principio, por regla general, de conformidad con la ley, la responsabilidad de cuidado y protección de la salud de los trabajadores es netamente del empleador. No obstante, con ocasión de la pandemia mundial y la emergencia sanitaria, el Presidente de la República expidió el Decreto No. 417 de 2020 por un término de 30 días y en consonancia con el mismo, el Decreto Legislativo No. 488 de 2020 por el cual se dictan medidas de orden laboral, y, el Decreto

Legislativo No. 500 de 2020, por el cual se adoptan medidas de orden laboral, relativas a la destinación de recursos de las cotizaciones a las administradoras de riesgos laborales de carácter público, estableciendo específicamente que el 7% de los ingresos por cotizaciones laborales se destinarán el 5% para adelantar acciones de promoción y prevención dirigidas a los trabajadores de sus empresas afiliadas, que con ocasión del desempeño de sus labores estén directamente expuestos al contagio del COVID-19 y el 2% para realizar actividades de emergencia e intervención y para la compra de elementos de protección personal, chequeos médicos frecuentes de carácter preventivo y diagnóstico y acciones de intervención directa relacionadas con la contención y atención del coronavirus COVID-19.

Indicó que tales medidas son de carácter temporal, ocasional y transitorio, y constituyen un apoyo para los empleadores con las acciones de protección de la salud de los trabajadores expuestos, sin que ello implique la desatención por parte de los empleadores.

Resaltó que POSITIVA ARL no tiene injerencia en la compra de kit y pruebas para la detección del COVID-19. No obstante, POSITIVA ARL estableció una guía par empleadores con un plan de contención y atención de casos sospechosos y diagnosticados con COVID-19, conforme al Decreto 500 de 2020.

En ese orden de ideas, solicitó la desvinculación de POSITIVA ARL por no ser la entidad legitimada para actuar y responder por la posible vulneración de los derechos fundamentales del accionante, y en atención a que ha obedecido el debido proceso, se declare la carencia actual de objeto.

Pronunciamiento del Despacho frente a la oposición a la medida provisional por parte de POSITIVA ARL (Expediente 2, pág. 32 - 37)

En auto del 16 de abril de 2020 el Juzgado Segundo Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja resolvió no dar trámite al escrito de oposición presentado por POSITIVA ARL teniendo en cuenta que dada la naturaleza del trámite de tutela y los derechos que protege, las medidas provisionales se

adoptan de plano, sin previo traslado y contra el auto que decreta un medida provisional en el trámite de la acción de tutela no procede recurso alguno, por tanto, requirió a POSTIVA ARL para que en el término de 24 horas, contadas a partir de la notificación de la providencia, de cumplimiento a la medida provisional decretada en auto de 14 de abril de 2020, so pena de iniciar trámite de desacato.

A su vez, vinculó a las sociedades CARDIOPED G&C S.A.S. y MOYA HERMANO Y CIA y les ordenó informar el tipo de vinculación que presenta el accionante con éstas y allegar soportes de pago a ARL y si le han entregado elementos de protección ante la contingencia presentada por el COVID-19.

2.3.2. Inversiones Médicas los Andes S.A.S. - (Expediente 2, pág. 40 - 45)

En contestación a la acción de tutela solicitó que no se tutelén los derechos del accionante en contra INVERSIONES MEDICAS DE LOS ANDES S.A.S. – CLÍNICA DE LOS ANDES I.P.S por ausencia de vulneración a los mismos.

Indicó que el accionante se encuentra adscrito por contrato de prestación de servicios a INVERSIONES MEDICAS DE LOS ANDES S.A.S. y que durante el periodo de la declaratoria de la pandemia COVID-19 ha ingresado a sus instalaciones con los elementos de protección requeridos acorde a los lineamientos del Gobierno Nacional frente al estado de emergencia sanitaria, sin embargo, por protocolo del área dentro de la cual se encuentran los neonatos, siempre, estando o no en estado de emergencia, se debe ingresar con elementos de protección como tapabocas convencional, gorro, bata manga larga y guantes.

Mencionó que la acción de tutela va dirigida a POSTIVA ARL, en tanto en ninguna parte del libelo siquiera se insinúa que INVERSIONES MEDICAS DE LOS ANDES S.A.S. haya vulnerado derecho alguno al galeno. Sin embargo, en su posición de garante aseguró que según comunicado de POSITVA ARL (a la cual se encuentran afiliados sus empleados) suministrará elementos de protección al personal, por lo tanto, si el accionante requiere determinado EPP y se cuenta con este, el mismo le será suministrado para que el especialista pueda

desempeñar su función dentro de las instalaciones de la Clínica de los Andes I.P.S.

Allegó certificaciones suscritas por el Gerente General de INVERSIONES MEDICAS DE LOS ANDES S.A.S. el 15 de abril de 2020, en las que se indica que se encuentra vigente un contrato de naturaleza civil y comercial de fecha 1º de agosto de 2019, firmado por la empresa CARDIOPED G&C S.A.S., dentro de la cual funge como representante Legal el Dr. Carlos Alberto Gómez Monroy, cuyo objeto es la prestación de servicios profesionales especializados en cardiología pediátrica. Asimismo, que celebró contratos de la misma naturaleza para los periodos comprendidos entre febrero de 2016 a noviembre de 2017 y de octubre de 2018 a marzo de 2019. (Expediente 2, pág. 48 - 49).

También allegó Plan de contingencia para manejo de COVID-19 de la institución (Expediente 3, pág. 1 - 39).

2.3.3. E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja - (Expediente 3, pág. 40 - 43)

Señaló la apoderada judicial de la E.S.E. que el accionante no tiene vínculo laboral con la institución, y que su especialidad de cardiología pediátrica la desarrolla en virtud del contrato No. 359 de 2020, vigente, entre MOYA HERMANOS CIA S EN C, representada legalmente por Luis Antonio Moya Jiménez y la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA (anexó certificación y copia del contrato visible en expediente 3 páginas 44-49). En virtud de lo cual, el 02 de abril se requirió a MOYA HERMANOS CIA S EN C. vía correo electrónico con el propósito de que fueran adelantados los trámites administrativos pertinentes con la ARL y así dar cumplimiento al Decreto 488 de 2020, con el fin de que le sean suministrados los respectivos elementos de protección a su personal, lo que demuestra su compromiso con el cumplimiento de las obligaciones contractuales con el fin de propender por las garantías del personal que presta servicio con la institución (anexó copia de email enviado el 02 de abril visible en expediente 3 página 56 y oficios en páginas 71 a 74).

Solicitó que se desvincule a su representada ya que ha realizado las actuaciones necesarias para propender por la protección del personal y que se determine que es obligación de POSITIVA ARL entregar los elementos de protección necesarios para que el accionante pueda prestar sus servicios con las garantías necesarias frente al riesgo de contagio de COVID-19.

2.3.4. Ministerio de Hacienda y Crédito Público - (Expediente 3, pág. 75 - 79)

En los argumentos jurídicos de la contestación, señaló la apoderada judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que es improcedente la acción de tutela frente a su representada y que no existe obligación por parte del este Ministerio en la entrega de elementos de protección personal, bajo los siguientes argumentos:

Indicó que el Gobierno Nacional en desarrollo de la emergencia ha dictado decretos tales como el No. 500 de 2020 para atender situaciones como la descrita en la acción de tutela. Reseñó también que en noticia del diario el tiempo del 13 de abril *“Un ultimátum lanzó el Ministerio de Trabajo para que en 72 horas provean a médicos y el personal de salud de la debida protección personal que pueda reducir el riesgo de contagio del covid-19”*, el jefe de esa cartera, Ángel Custodio Cabrera, indicó que trabajadores independientes y contratistas también recibirían dotación y que las normas establecidas por esta nueva reglamentación son de aplicación inmediata, teniendo en cuenta la presente emergencia que vive el país.

Específicamente argumentó que las conductas descritas en la acción de tutela no son atribuibles a su representada y de acuerdo a la normatividad vigente en la materia, no es la llamada a entregar los elementos de protección personal pretendidos en la acción de tutela, pues son obligaciones que corresponden tanto a la entidad contratante como a la ARL, en este caso POSTIVA ARL.

2.3.5. Ministerio de Salud y Protección Social - (Expediente 4, pág. 9 - 50)

La Directora Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, en los fundamentos de defensa de la contestación mencionó que este Ministerio actúa

como ente rector del sector administrativo de salud y protección social y en esa medida, sus funciones principales son formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública y promoción social en salud y le corresponde al Ministro, ejercer como superior inmediato de los representantes legales de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al respectivo Ministerio, por lo que bajo ninguna circunstancia ha oficiado como superior de la ARL POSITIVA, configurándose así, la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; por lo que solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela en referencia, por cuanto esa Cartera no ha violado, viola o amenaza violar los derechos invocados por el accionante, e invocó el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 121 de la Constitución Política, según el cual "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley".

En lo demás, reseñó, enunció y pegó múltiples actos administrativos que se pueden consultar en la página del Ministerio para indicar que la entidad ha implementado los lineamientos preventivos y sanitarios para evitar el contagio y propagación del virus, asignando responsabilidades a los actores del sistema y proporcionado recomendaciones básicas de higiene y protección a la población en general.

2.3.6. Sociedad MOYA HERMANOS Y CIA S EN C. - (Expediente 6, pág. 6)

A través de su representante legal informó que señor CARLOS ALBERTO GOMEZ MONROY, hace parte del contrato que su representada tiene con el HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA en el servicio de cardiología para prestar sus servicios como cardiólogo pediatra, mediante contrato de prestación de servicios No. 50 entre MOYA HERMANOS y CARLOS ALBERTO GOMEZ MONROY desde el 20 de noviembre 2019 y hasta el 20 de mayo 2020.

Indicó que conforme a la cláusula CUARTA del contrato, mensualmente el departamento contable verifica los pagos de aportes al sistema general de seguridad social en salud y que cumpla con el aporte del 40% del valor

facturado, requisito indispensable para pago de factura, de igual modo, que está estipulado en la cláusula DECIMA CUARTA.- que el contratista se obliga a dar estricto cumplimiento a las obligaciones de afiliación y cotización al sistema general de seguridad social integral conforme a la normatividad vigente, por lo cual, previo a iniciar las actividades contratadas, deberá presentar a la firma del Contrato las afiliaciones al Sistema Integral de Seguridad Social y presentar periódicamente copia del pago de los aportes a las respectivas entidades administradoras donde especifique la base de cotización.

De igual manera informa, que el servicio de Cardiología cuenta con elementos de protección personal (batas, guantes, tapabocas) para uso de los colaboradores, entregados por HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y además de estos MOYA HERMANOS tiene entre su inventario permanente tapabocas, batas desechables, guantes y gafas, además del lavamanos quirúrgico para el uso permanente por los trabajadores y contratistas y que por esta emergencia se adquirió caretas de protección especiales mientras los entes responsables entregan los elementos requeridos para la emergencia a cada trabajador independiente.

2.3.7. Sociedad CARDIOPED G&C SAS. - (Expediente 6, pág. 19 – 21)

El presentante legal de CARDIOPED G&C SAS, precisó inicialmente que es el accionante de la tutela de la referencia y a la vez socio y el representante legal de la sociedad CARDIOPED G&C SAS.

Mencionó que la sociedad CARDIOPED G&C SAS, suscribió contrato de derecho privado con la IPS INVERSIONES LOS ANDES de la ciudad de Tunja, con el objeto de prestar servicios de Cardiología Pediátrica, servicio que debe ser prestado por una persona natural y profesional en el área, razón por la cual, la sociedad de la que también es socio - CARDIOPED G&C SAS-, le suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales de naturaleza civil, legalmente permitido y es de allí donde realiza sus aportes como independiente a la ARL POSITIVA.

Informó que como representante legal de CARDIOPED G&C SAS, siempre ha procedido a verificar que el aporte del pago de la seguridad social de los contratistas de la sociedad esté ajustado a la Ley 1955 de 2019. Es decir que nunca ha realizado un pago a contratistas, sin que se verifique las obligaciones de la parafiscalidad. En ese sentido, aportó relación de los pagos efectuados durante los meses de enero, febrero y marzo de 2020, indicando que del valor facturado se toma el 40% que es la base del ingreso de liquidación (IBL), una vez se cuenta con dicho valor, se aplica el legalmente establecido para salud (12.5%), para pensión (16%) y para ARL por ser riesgo III (2.436%).

Arguyó que como contratista de CARDIOPED G&C SAS y siendo profesional independiente que presta el servicio de cardiología pediátrica a través de dicha sociedad a favor de la IPS Clínica los Andes, paga mensualmente el valor correspondiente de riesgos laborales como persona natural (independiente), sobre el 40% de los ingresos mensuales, en aplicación del artículo 244 de la Ley 1955 de 2019.

Finalmente, señaló que, en razón del contrato de prestación de servicios profesionales particulares, suscrito como profesional independiente con dicha sociedad (especialmente cláusulas cuarta y sexta), CARDIOPED G&C SAS no está en la obligación legal de asumir los elementos de protección o bioseguridad a cargo de la ARL, derivada de la cotización como trabajador independiente, al tenor de las responsabilidades de los contratistas SG -SST (Decreto 1072 de 2015). No obstante, la sociedad CARDIOPED G&C SAS, le entregó en calidad de contratista independiente, 3 tapabocas N- 95, gafas de protección, y 2 trajes anti fluidos.

2.4. Concepto del Ministerio Público - (Expediente 8, pág. 10 - 29)

Luego de realizar un análisis normativo y jurisprudencial referente al derecho fundamental a la salud, del sistema de riesgos laborales y salud ocupacional, en consonancia con el Decreto Legislativo No. 488 de 27 de marzo de 2020, el Decreto 500 de 31 de marzo de 2020 y la Circular 029 de 03 de abril de 2020,

la agente del Ministerio Público mencionó que la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, por las específicas competencias asignadas a esta, con ocasión de las medidas sanitarias decretadas por el gobierno nacional, si ha vulnerado los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y a la salud invocados por el actor.

En ese contexto, indicó que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional en el marco de la pandemia mundial COVID-19 por medio de los Decretos 488 y 500 de 2020, no pueden someterse a trámites burocráticos, sino que precisamente buscan liberar recursos de forma célere, con el objetivo de salvaguardar la integridad de quienes exponen su vida para salvar la vida de las demás personas, como lo hacen los prestadores de servicios de salud, quienes se enfrentan directamente con dicho virus, sin distinción de la forma de vinculación (empleado o contratista) a la institución prestadora de los servicios de salud.

En ese sentido, la falta de suministro de elementos de bioseguridad y protección por parte ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, desconoce el objetivo primordial con el que fueron dictadas las normas transitorias dentro del marco de la emergencia sanitaria y es precisamente garantizar la vida del personal que se expone diariamente a prestar sus servicios para atender a los pacientes, por tanto consideró que se deben se debe amparar los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y a la salud del señor CARLOS ALBERTO GOMEZ MONROY.

2.5. Fallo de primera instancia (Expediente 8, pág. 30 – 61): El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante providencia del 24 de abril de 2020 dispuso:

PRIMERO.- Declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia de Salud, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Ministerio de Salud y Protección Social, del Hospital Universitario San Rafael de Tunja y de la IPS Clínica los Andes de Tunja, según lo expuesto.

SEGUNDO.- Tutelar los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, a la salud y a la vida del señor Carlos Alberto Gómez Monroy, en su condición de trabajador de la salud, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO.- En consecuencia, se ordena a Positiva Compañía de Seguros SA ARL que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente providencia, conforme a los Decretos Legislativos 488 y 500 de 2000, valore la exposición del riesgo del actor de contagio al COVID – 19, garantice chequeos médicos preventivos y diagnósticos y coordine con los representantes legales de las sociedades Moya Hermanos y CIA y CARDIOPED G&C SAS el suministro mensual de los siguientes elementos de protección personal hasta que se supere la contingencia presentada con el coronavirus COVID-19:

- *Mascarilla quirúrgica*
- *Visor, gafas de succión, pantalla facial careta*
- *Bata manga larga antifluido.*
- *Mascarilla de alta eficiencia (Tipo N95 o FFP2)*
- *Vestido quirúrgico debajo de la bata que se retira al final del turno*
- *Gorro*

CUARTO.- Se exhorta al representante legal de Positiva Compañía de Seguros SA ARL a que en el evento de que el actor presente un contagio del coronavirus COVID-19 se le reconozcan todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad de origen laboral por esa enfermedad, sin que se requiera la determinación de origen laboral en primera oportunidad o el dictamen de las juntas de calificación de invalidez en los términos del artículo 13 del Decreto 538 del 12 de abril de 2020.

QUINTO.- De las diligencias y actuaciones que adelanten las sociedades Moya Hermanos y CIA y CARDIOPED G&C SAS y Positiva Compañía de Seguros SA ARL, para el cumplimiento de las ordenes efectuadas en el ordinal segundo deberá remitir informes a este despacho dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia. En el mismo término, Positiva Compañía de Seguros SA ARL deberá informar al despacho nombre, cargo, correo personal institucional e identificación de la persona encargada de dar cumplimiento a las órdenes impartidas en este fallo, a efectos del seguimiento al cumplimiento de la orden de tutela como lo dispone el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991. Se solicita a las partes que suministren al despacho un número de teléfono de contacto, a fin de hacer el seguimiento de las órdenes impuestas por el despacho. Así mismo, todos los informes deberán ser enviados al correo electrónico j02admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co. Lo anterior, en atención a las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, en los

Acuerdos PCSJA20-11517 15 de marzo de 2020, PSCJA20-11521 del 19 de marzo de 2020 y PSCJA-11532 del 11 de abril de 2020.

SEXTO.- Levantar la medida provisional de protección de los derechos decretada en el auto admisorio de la presente acción.

Para arribar a estas conclusiones, la *a quo*, luego de referirse a los requisitos de procedencia de la acción de tutela y realizar un completo análisis relativo al marco jurídico y jurisprudencial aplicable a los derechos fundamentales vulnerados, a las medidas de protección de los trabajadores de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 a nivel de la OIT y del ordenamiento jurídico interno y la normatividad relacionada con el pago de aportes de los trabajadores independientes a las administradoras de riesgos laborales, abordó el estudio del caso concreto considerando que el accionante es un trabajador de la salud y se encuentra clasificado dentro del grupo de trabajadores con riesgo de exposición directa, por lo cual, conforme a la normatividad emitida por el Gobierno en el marco del estado de emergencia sanitaria, el suministro de elementos de seguridad a los trabajadores de la salud para evitar el contagio del COVID 19, es responsabilidad de los empleadores o contratantes (según la modalidad de vinculación) y de las Administradoras de Riesgos Laborales.

De esta manera, señaló que en el caso concreto la responsabilidad de suministrar los elementos de protección al accionante recae en la ARL Positiva, a la cual se encuentra afiliado como trabajador de la salud, realizando aportes -riesgo III, y en las sociedades Moya Hermanos y CIA S en C y CARDIOPED G&C SAS con las cuales el accionante suscribió contratos para la prestación de sus servicios médicos a desarrollar en la ESE Hospital Universitario San Rafael de Tunja y la IPS Clínica los Andes de Tunja.

Aseguró que, si bien no existen afiliaciones a nombre del accionado vigentes con POSITIVA ARL por cuenta del Hospital Universitario San Rafael de Tunja y la IPS Clínica los Andes, esto se explica en que su relación con éstas no es en calidad de empleado o contratista directo, sino que lo hace por intermedio de las sociedades que contratan con aquellas, situación que no desvirtúa su condición de afiliado a la ARL accionada como trabajador independiente de la salud.

En ese sentido, advirtió la violación a los derechos fundamentales a la vida, salud y al trabajo en condiciones dignas del tutelante, atribuible a Positiva Compañía de Seguros SA ARL, al no suministrarle elementos de protección personal, pasando por alto que hace parte del personal de salud con riesgo directo al contagio del COVID-19 y pese a la medida provisional decretada por el despacho, la ARL no ha acreditado ninguna actuación tendiente a entregar los elementos de protección al tutelante.

A su vez indicó, que si bien las sociedades Moya Hermanos y CIA y CARDIOPED G&C SAS en calidad de contratantes del accionante lo han dotado de algunos implementos de protección personal, no han sido suficientes para garantizar su seguridad frente al contagio, como lo afirmó el demandante en su escrito de tutela, por tanto, la orden para proteger sus derechos incluyó a las mencionadas sociedades, reiterando que de conformidad con los Decretos 488 y 500 de 2020 no cesan la obligación del empleador o contratista (según el caso) de entregar los elementos de protección.

Respecto a los elementos solicitados por el accionante en su escrito de tutela, los encontró acordes con aquellos establecidos para el personal asistencial que realiza actividades de contacto directo con el paciente en procedimientos que no generan aerosoles, conforme a documento "Lineamientos para prevención control y reporte de accidente por exposición ocupacional al COVID-19 en instituciones de salud" del Ministerio de Salud y Protección Social y Ministerio de Trabajo, proferido en marzo de 2020.

En ese orden de ideas, tuteló los derechos a la vida, la salud y al trabajo digno del accionante, en su faceta prevención y protección a los trabajadores de la salud, en el marco de normas internacionales como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; y nacionales como el artículo 49 constitucional, la Ley 100 de 1993, Ley 1751 de 2015, entre otras.

Finalmente, el Despacho declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva, por parte de las restantes demandadas y vinculadas, Superintendencia de Salud, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Ministerio de Salud y Protección Social, del Hospital Universitario San Rafael de Tunja y de la IPS Clínica los Andes de Tunja, al no advertir violación a los derechos del accionante.

2.6. La impugnación del fallo de tutela

- Impugnación presentada por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. (Expediente 9, pág. 1 – 11).

El apoderado judicial de POSITIVA ARL impugnó la decisión de primera instancia, en los siguientes términos:

Inicialmente, señaló que, conforme a la legislación ordinaria, por regla general el cuidado y protección de la salud de los trabajadores en principio es una responsabilidad netamente del empleador.

Luego mencionó que el Ministerio del Trabajo expidió los Decretos legislativos 488 y 500 de 2020, los cuales específicamente impusieron a las ARL del sistema, una obligación contingente, excepcional y limitada al 7% de los ingresos por cotizaciones en riesgos laborales, para adelantar acciones de promoción y prevención, entre ellos, la compra de elementos de protección personal y chequeos médicos enfocados en el personal directamente expuesto a contagio del Covid-19, no obstante, esta medida de apoyo con las acciones de protección de los trabajadores expuestos, es temporal, ocasional y transitoria de apoyo a los empleadores, sin que las empresas puedan desatender las obligaciones de suministrar los elementos necesarios para la realización de la actividad laboral contratada, no solamente en el tiempo de emergencia sanitaria sino en todo el tiempo que perdure la relación laboral y la ejecución de actividades que conlleven riesgo para el trabajador, conforme lo estableció el Ministerio de Trabajo mediante la Circular 0019 de 2020.

Asimismo, informó que POSITIVA ARL, en cumplimiento de los deberes e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Trabajo, ha adelantado acciones como:

-En cuanto a actividades de promoción y prevención conforme al Decreto 500 de 2020: - Estableció una guía para empleadores que fue divulgada en las distintas empresas afiliadas con un plan de contención y atención de casos sospechosos y diagnosticados con COVID -19, donde se habilita un protocolo para el manejo de cada uno de ellos. – Socializó con las empresas diversos materiales de educación respecto del uso adecuado de los elementos de protección personal y manejo para la contención del COVID-19, a través de diferentes cartillas e instructivos.

-En cuanto a elementos de protección dijo que con base en el documento *“Recomendaciones de Elementos de Protección Personal para personal de salud según el área de atención para COVID-19. Consenso IETS – ACIN”* ha venido adquiriendo elementos de Protección Personal como mascarillas quirúrgicas, respiradores N-95, guantes estériles y no estériles, caretas de protección, alcohol isopropílico y gel antibacterial, destinados para los trabajadores de la salud de sus empresas afiliadas en todo el país, resaltando que se cuenta con recursos limitados (2% del total de las cotizaciones) para apoyo a los empleadores y al ser una actividad que tradicionalmente no estaba a cargo de la ARL, ha ocasionado un esfuerzo institucional arduo en cuanto a las acciones contractuales y logísticas para su ejecución, en un periodo de tiempo muy corto y que además, son insumos cuya oferta es muy baja frente a la alta demanda; gestiones que a su juicio, fueron desconocidas por la Juez de instancia.

Frente al numeral tercero del fallo de tutela impugnado relativo a la valoración de exposición del riesgo, informó que, entre otras normas, y especialmente lo dispuesto en la Circular 029 de 2020, le corresponde al empleador o contratante la realización de la identificación de los trabajadores con exposición directa al contagio de Covid-19, en su sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo.

Del mismo modo, se opuso al numeral cuarto del fallo de tutela impugnado indicando que en caso de que el accionante resulte infectado del COVID -19, el empleador o el mismo accionante deberá reportar la enfermedad a esta ARL, con el fin de iniciar con la calificación de origen por el equipo interdisciplinario de Positiva Compañía, según las normas que rigen el tema.

En consecuencia, solicitó que se desvincule del trámite de tutela a Positiva Compañía de Seguros S.A., por falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que ha cumplido cabalmente con las obligaciones a su cargo y en atención a que el accionante no demostró que esta Administradora haya vulnerado sus derechos fundamentales, alegó la inexistencia de vulneración a los mismos, indicando que resulta violatorio al debido proceso acceder a la acción de tutela sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas.

- Impugnación presentada por el Ministerio del Trabajo (Carpeta: 13. rta min trabajo 12 de mayo- Archivo pdf: CARLOS ALBERTO GOMEZ MONROY-IMPUGNACIÓN DE FALLO-APOYO RIESGOS LABORALES).

Mediante auto del 14 de mayo, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, allegó escrito de impugnación del fallo de primera instancia por parte del Ministerio del Trabajo, indicando, de un lado, que como el fallo de tutela se notificó el 27 de abril de 2020 y la impugnación se presentó el 12 de mayo de 2020, resultaría extemporánea. De otro lado, que en la sentencia proferida en el presente asunto se declaró la falta de legitimación por pasiva del Ministerio del Trabajo por lo que el impugnante carecería de interés.

Verificado lo anterior, se establece que dentro del presente trámite de tutela el Ministerio del Trabajo no actuó como accionado o vinculado, además, presentó de manera extemporánea la impugnación al fallo.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia:

Este Tribunal es competente para decidir en segunda instancia la tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

3.2. Problema Jurídico:

Conforme a los argumentos expuestos en la impugnación, la Sala deberá determinar, inicialmente, en quiénes recae la obligación de suministrar los elementos de protección personal al accionante en el marco del estado de emergencia generado por el coronavirus COVID-19, en su calidad de trabajador del sector de la salud, afiliado al sistema de seguridad social como trabajador independiente, con riesgo de exposición directa.

En segundo lugar, se determinará si la valoración de exposición al riesgo del accionante corresponde o no a POSITIVA ARL.

Y finalmente, se establecerá si es necesario realizar un proceso de calificación de origen de la enfermedad, en caso de que el trabajador de la salud presente contagio por COVID-19.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: (i) Del sistema de riesgos laborales; (ii) Situación del personal médico a partir de la declaratoria de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional y, (iii) y Caso Concreto.

3.3. Marco Jurídico y Jurisprudencial:

3.3.1 Del Sistema de Riesgos Laborales

El numeral 11 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, le confirió facultades extraordinarias al presidente de la República para que dictara las normas necesarias para organizar la administración del Sistema General de Riesgos Laborales (en adelante, SGRL). En desarrollo de este mandato fue proferido el Decreto 1295 de 1994, en cuyo artículo 1° se definió el SGRL como “(...) *el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y*

procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencias del trabajo que desarrollan”.

A su vez, en el artículo 4 *ibídem* se estableció como característica del SGRL la obligación de los empleadores de afiliar a los trabajadores e instauró como sanción a quienes incumplan con este deber la de responder por las prestaciones que le corresponda cubrir a la administradora de riesgos laborales. Asimismo, dispone que las cotizaciones al SGRL están a cargo de los empleadores, y que la relación laboral implica la obligación de pagar las cotizaciones establecidas en el Decreto.

El artículo 7 *eiusdem* establece que todos los trabajadores que sufran un accidente de trabajo o una enfermedad laboral tendrán derecho, de acuerdo al evento sufrido, al reconocimiento y pago de: i) subsidio por incapacidad temporal; ii) indemnización por incapacidad permanente parcial; iii) pensión de invalidez; iv) pensión de sobrevivientes; y v) auxilio funerario. En el mismo sentido, el artículo 34 del mencionado Decreto dispone, entre otras cosas, que a todo afiliado al SGRL que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o que se incapacite, invalide o muera se le deben reconocer y pagar las prestaciones económicas a las que tiene derecho.

Posteriormente, el artículo 1° de la Ley 776 de 2002 *“Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales”*, estableció que las prestaciones deben ser asumidas por la ARL a la que estaba afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad laboral, al momento de requerir la prestación. Además, señaló en el párrafo segundo del artículo 1° de la misma ley que la *“(…) Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivadas de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.”*

Este desarrollo legal se sometió a algunos ajustes y cambios con la Ley 1562 de 2012 *“por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional”*, en la que, más allá de reemplazar el nombre del sistema de riesgos

profesionales a riesgos laborales, se aludió a su estructura organizativa y se precisó que está integrado por “*el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan.*”¹ (se destaca)

Dentro de este contexto, es importante indicar que la citada Ley 1562 de 2012, en su artículo 4, definió de la siguiente manera la *enfermedad laboral*:

“Artículo 4º. Enfermedad laboral. Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes.”
(negrilla de la Sala)

A partir de la descripción realizada por el legislador, es claro que la enfermedad laboral refleja el conjunto de eventualidades que tienen la capacidad de afectar la salud física o psíquica del trabajador y que incluso pueden conducir a su invalidez o muerte, siempre y cuando ocurran por causa o con ocasión del trabajo, o por la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o al medio en el que el trabajador se vio obligado a prestar sus servicios.

Lo anterior implica que, por su propia naturaleza, la enfermedad laboral se encuentra estrechamente vinculada con el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, las cuales, entre otras, de acuerdo con el régimen vigente sobre la materia, se suelen agrupar en los mandatos de realizar de manera personal la labor encomendada, obedecer las órdenes impartidas por el empleador y cumplir con las normas dispuestas en los reglamentos².

Sobre la naturaleza específica de este régimen, la Corte Constitucional entendió que sujeta la cobertura de riesgos a aquellos que se originan de la prestación de un servicio fundado en la lógica de la subordinación, esta circunstancia se deriva de la alusión permanente e

¹ Artículo 1º de la Ley 1562 de 2012

² Artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo.

insistente a expresiones como: “*durante la ejecución de órdenes del empleador*”, o “*durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas del trabajo*”. También cuando se menciona que el accidente puede ocurrir “*durante el ejercicio de la función sindical*” o como resultado de la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, “*cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador*”. Aunado a que la enfermedad supone su manifestación por la exposición de riesgos creados por el medio “*en que el trabajador se vio obligado a trabajar*”.³

Ahora bien, la Ley 1562 de 2012 extiende el citado marco de protección al accidente que se produce durante la ejecución de órdenes del contratante, incluso en las hipótesis en las que el contratista recibe el servicio de transporte entre el lugar de residencia y el sitio destinado a la prestación de su labor. Estos preceptos fueron objeto de control por parte del Máximo Tribunal Constitucional en la Sentencia C-509 de 2014, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, en virtud de una demanda que consideraba que no cabía la asimilación de los contratistas con los trabajadores subordinados, en términos de realización del derecho a la igualdad.

Para la Corte, más allá de que la ampliación de cobertura previamente reseñada se ajusta a la Constitución, su exigibilidad no supone desnaturalizar el tipo de vínculo que sustenta la contratación de una persona, ni tampoco transformar el régimen jurídico que le es propio. Su justificación se halla en la necesidad de ampliar la cobertura en seguridad social (CP art. 48), respecto de uno de los instrumentos a través de los cuales se permite la ejecución de una actividad personal a favor de otra persona, como lo son los contratos de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, sin importar si son de naturaleza civil, comercial o administrativa.

Sigue de lo anterior que el artículo 13 del Decreto 1295 de 1994, modificado por el artículo 2 de la Ley 1562 de 2012, al hacer referencia a las personas que deben estar obligatoriamente afiliadas al Sistema de Riesgos Laborales (SRL), ya no sólo menciona a los trabajadores subordinados, sino también a los contratistas con vinculación formal, respecto de los cuales se imponen unas condiciones específicas de prestación de sus servicios, a saber:

*“1. Los trabajadores dependientes nacionales o extranjeros, vinculados mediante contrato de trabajo escrito o verbal y los servidores públicos; **las personas***

³ Corte Constitucional, Sentencia T-033 de 8 de febrero de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, tales como contratos civiles, comerciales o administrativos, con una duración superior a un mes y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación. (...) (negrilla de la Sala)

Así, pese a que técnicamente no pueda afirmarse que en un contrato de prestación de servicios existe subordinación, la especificidad del régimen sí implica la existencia de un cierto poder de dirección o de sujeción. De esta manera, se parte de la base de un beneficiario del servicio (empleador o contratante), que es responsable de los riesgos que se derivan de la prestación del mismo (ya sea por parte de un trabajador o de un contratista), en la medida en que el primero tiene la potestad de determinar la forma en que se debe realizar y concretar la labor, como efecto del poder subordinante o como resultado de la facultad de determinar las reglas que rigen su prestación.

Por consiguiente, se amparan los riesgos que puedan generarse frente a la calidad de vida del trabajador o del contratista, y que se derivan exclusivamente de las órdenes dadas por quien impone la labor, ya sea mediante un contrato de trabajo o un contrato de prestación de servicios, en los términos dispuestos en la ley. Es precisamente la existencia de esa relación de sujeción, la que justifica que se le imponga al beneficiario del servicio (empleador o contratante) el deber de trasladar el riesgo a una Administradora de Riesgos Laborales, pues al final de cuentas, bajo su cargo se encuentra el direccionamiento de la actividad a ejecutar.

En concordancia con lo expuesto, el artículo 5 del Decreto 723 de 2013⁴, dispone que: *“el contratante debe afiliar al Sistema General de Riesgos Laborales a los contratistas objeto del presente decreto, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1562 de 2012. El incumplimiento de esta obligación, hará responsable al contratante de las prestaciones económicas y asistenciales a que haya lugar.”*

Por fuera del escenario descrito, el accidente o enfermedad que padezca una persona no puede considerarse como laboral o de trabajo, habida cuenta que la ley circunscribe su cobertura a las eventualidades que tengan la capacidad de afectar la salud física o psíquica

⁴ *“Por el cual se reglamenta la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas y de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo y se dictan otras disposiciones.”*

del trabajador o del contratista, suponiendo la existencia del poder de dirección o de sujeción, en lo que respecta a la forma como se presta el servicio o se adelantan las labores a su cargo.

Ahora, el sistema de riesgos laborales preserva igualmente la posibilidad de *afiliación voluntaria*, en la que pese a que no se presenta la relación de sujeción que impone la afiliación forzosa, sí permite que determinados sujetos puedan acceder a su régimen de coberturas, el cual, en muchos casos, por su especialidad, tiene mayores facilidades para acceder a su reconocimiento y reflejan prestaciones que cuantitativamente resultan más beneficiosas para un afiliado. Así, por ejemplo, la obtención y pago de una pensión de invalidez no depende de factores como el número de semanas cotizadas, sino de la ocurrencia del siniestro, una vez opera la cobertura del sistema; sin dejar de lado que, en cuanto a su monto, la originada en el riesgo laboral ofrece una mayor remuneración.

En lo que atiene a los destinatarios del régimen voluntario de afiliación, el literal b) del artículo 2 de la Ley 1562 de 2012 dispone que:

“Son afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales: (...) b) En forma voluntaria:

Los trabajadores independientes y los informales, diferentes de los establecidos en el literal a) del presente artículo [esto es, los que deben estar afiliados de manera obligatoria], podrán cotizar al Sistema de Riesgos Laborales siempre y cuando coticen también al régimen contributivo en salud y de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Trabajo en la que se establecerá el valor de la cotización según el tipo de riesgo laboral al que está expuesta esta población.

Parágrafo 1º. *En la reglamentación que se expida para la vinculación de estos trabajadores se adoptarán todas las obligaciones del Sistema de Riesgos Laborales que les sean aplicables y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación.*

Parágrafo 2º. *En la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Trabajo en relación con las personas a que se refiere el literal b) del presente artículo, podrá indicar que las mismas pueden afiliarse al régimen de seguridad social por intermedio de agremiaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, por profesión, oficio o actividad, bajo la vigilancia y control del Ministerio de la Salud y Protección Social. (...).”*

La afiliación voluntaria debe entenderse entonces como un beneficio que brinda la ley, cuyo origen subyace en la realización de los principios de eficiencia y universalidad,

pues lo que se busca es ampliar la garantía de protección, a través de un régimen que puede resultar, en algunos de sus componentes, más adecuado, oportuno y suficiente para asegurar los fines de la seguridad social.

Según lo ha precisado la Corte Constitucional, en un Estado Social de Derecho, la voluntariedad no puede significar la ausencia de protección, esto es, que por razón de ser independiente o por tener la condición de trabajador informal, la no afiliación al Sistema de Riesgos laborales conduzca a que la ocurrencia de un siniestro –vinculado con la actividad que desempeña– quede desamparado.⁵

Se colige entonces que un trabajador independiente o informal que se vincula al SGRL, lo hace con la expectativa de que, si se produce un siniestro respecto de la actividad laboral o de subsistencia que realiza, se le brinde una mejor y mayor cobertura en relación con aquella a la que tendría derecho por el sistema tradicional de los riesgos comunes.

En igual sentido, precisa la Sala que la voluntariedad de afiliación supone un escenario en el que el ejercicio de una actividad lucrativa es ajeno a una relación de sujeción, de ahí que no se imponga la necesidad de transferir un riesgo creado por el beneficio que se obtiene de otro⁶.

En este marco, cualquiera de las contingencias amparadas por el Sistema General de Seguridad social, se entiende que tendría que estar cubierta por el sistema común, en tanto el siniestro no se produjo como consecuencia de una relación de subordinación o del poder de dirección de un contratante, como hipótesis que explican la ocurrencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad laboral, según se explicó con anterioridad. Ello guarda correspondencia con el contenido del principio de integralidad, cuyo fin es el de asegurar que todas las contingencias que puedan afectar las condiciones de vida de una persona, en aspectos tales como la vida, salud, integridad física o psíquica y capacidad económica, estén cubiertas por el Sistema de Seguridad Social.

3.3.2. Situación del personal médico a partir de la declaratoria de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional.

Como resulta ser un hecho notorio, actualmente se presenta una situación de emergencia sanitaria a nivel mundial, derivada de la pandemia generada por el coronavirus “COVID-

5 Op. Cit. 3

6 Así lo estimó la Corte Constitucional en Sentencia C-250 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

19”, tal como lo declaró la Organización Mundial de la Salud el 7 de enero de 2020, de manera que mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en virtud de la misma, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del COVID-19 y mitigar sus efectos.

Con base en estas recomendaciones, entre otras razones, el 17 de marzo de 2020 el presidente de la República de Colombia expidió el Decreto No. 417 *“Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional”*, a partir del cual, se han venido adoptando importantes y radicales medidas para disminuir el impacto de la contingencia.

Así, por ejemplo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 491 de 28 de marzo de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*. Esta norma se encuentra dirigida a todos los servidores públicos y contratistas, y en su artículo tercero dispuso lo siguiente:

“Artículo 3. Prestación de los servicios a cargo de las autoridades. Para evitar el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Las autoridades darán a conocer en su página web los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán su servicio, así como los mecanismos tecnológicos que emplearán para el registro y respuesta de las peticiones.

En aquellos eventos en que no se cuente con los medios tecnológicos para prestar el servicio en los términos del inciso anterior, las autoridades deberán prestar el servicio de forma presencial. No obstante, por razones sanitarias, las autoridades podrán ordenar la suspensión del servicio presencial, total o parcialmente, privilegiando los servicios esenciales, el funcionamiento de la economía y el mantenimiento del aparato productivo empresarial.

En ningún caso la suspensión de la prestación del servicio presencial podrá ser mayor a la duración de la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Parágrafo. En ningún caso, los servidores públicos y contratistas del Estado que adelanten actividades que sean estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, y garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado podrán suspender la prestación de los servicios de forma presencial. Las autoridades deberán suministrar las condiciones de salubridad necesarias para la prestación del servicio presencial.” (se resalta)

Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo No. 538 de 12 de abril de 2020, el Gobierno Nacional adoptó medidas para el sector salud “*para contener y mitigar la pandemia de COVID-19 y garantizar la prestación de los servicios de salud, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*” en cuyo artículo 9°, se dispuso que todo el talento humano en salud en ejercicio o formación, estará preparado y disponible y podrá ser llamado a prestar sus servicios, reforzar y apoyar a los prestadores de servicios de salud del país, y que el acatamiento a este llamado será obligatorio.

En el artículo 5° de este Decreto, se dispuso igualmente:

*Artículo 5. Entrega de recursos por el Ministerio de Salud y Protección Social y las entidades territoriales a los prestadores de servicios de salud. Durante el término de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, este Ministerio y las entidades territoriales podrán efectuar transferencias directas de recursos mediante actos administrativos de asignación a las Empresas Sociales del Estado y a los administradores de infraestructura pública de propiedad de las entidades territoriales, destinadas a la prestación de servicios de salud, para la financiación de la operación corriente o para **inversión en dotación de equipamiento biomédico, con el fin de garantizar la prestación de servicios de salud a la población afectada por causa de la emergencia derivada del Coronavirus COVID-19.***
(...) – Se resalta-

En lo que atañe al Sistema General de Riesgos Laborales, el artículo 13 *ibidem* eliminó los requisitos de que trata el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 1562 de 2012 para incluir dentro de la tabla de enfermedades laborales, el Coronavirus COVID- 19 como enfermedad laboral directa, respecto de los trabajadores del sector salud, incluyendo al personal administrativo, de aseo, vigilancia y de apoyo que preste servicios en las diferentes actividades de prevención, diagnóstico y atención de esta enfermedad. Adicionalmente, que

“Las entidades Administradoras de Riesgos Laborales -ARL-, desde el momento en que se confirme el diagnóstico del Coronavirus COVID-19, deben reconocer todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad de origen laboral por esa enfermedad, sin que se requiera la determinación de origen laboral en primera oportunidad o el dictamen de las juntas de calificación de invalidez.”

En este sentido, el Instituto Nacional de Salud elaboró instructivo para la vigilancia en salud pública intensificada de infección respiratoria aguda asociada al nuevo coronavirus 2019 (COVID-19)⁷, en el cual se incluyó factores importantes de riesgo de contagio, entre ellos, el que denominó contacto estrecho y definió como sigue:

“Contacto estrecho del personal de la salud:

Cualquier trabajador en el ámbito hospitalario o de consulta externa con exposición no protegida:

- SI: el trabajador de la salud no utilizó respirador N95 durante la atención del caso confirmado de COVID-19 en procedimientos que generan aerosoles (por ejemplo: reanimación cardiopulmonar, intubación, extubación, broncoscopia, endoscopia, terapia con nebulizador, inducción de esputo, procedimientos que estimulan el reflejo de la tos).*
- El trabajador del ámbito hospitalario proporcionó atención clínica (examen físico, obtención de muestras, intubación, aspirado de secreciones, etc.) o atención al usuario (personal administrativo) a pacientes confirmados de COVID-19 y no utilizó los elementos de protección personal completos y adecuadamente.*
- Las exposiciones del personal sanitario también incluyen contacto a menos de dos metros por más de 15 minutos con un caso de COVID-19 o contacto con material potencialmente infeccioso del COVID-19 y no usó de los elementos de protección personal completos y adecuadamente.*

En lo que atañe específicamente al Sistema General de Riesgos Laborales para los trabajadores de la salud en medio de la Emergencia Sanitaria y Ambiental, el 27 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 488 *“Por el cual se dictan medidas de orden laboral, dentro del Estado de Emergencia Económica”*, en cuyo artículo 5° dispuso lo siguiente:

7

https://www.ins.gov.co/Noticias/Coronavirus/Anexo_%20Instructivo%20Vigilancia%20COVID%20v11%2012052020.pdf

“Artículo 5. Recursos del Sistema de Riesgos Laborales para enfrentar el Coronavirus COVID-19. Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica Social y Ecológica, las Administradoras de Riesgos Laborales destinarán los recursos de las cotizaciones en riesgos laborales, de que trata el artículo 11 de la Ley 1562 de 2012, de acuerdo con la siguiente distribución:

“1. El cinco por ciento (5%) del total de la cotización para realizar actividades de promoción y prevención dirigidas a los trabajadores de sus empresas afiliadas, que, con ocasión de las labores que desempeñan, están directamente expuestos al contagio virus, como, trabajadores de la salud tanto asistenciales como administrativos y de apoyo, igual los trabajadores de vigilancia y alimentación, relacionados directamente con la prestación del servicio de salud; trabajadores de terminales de transporte marítimo control fronterizo, cuerpo de bomberos, defensa civil y cruz roja, para la compra de protección personal, chequeos médicos frecuentes de carácter preventivo y diagnóstico, así como acciones de intervención directa relacionadas con contención, mitigación y atención del nuevo Coronavirus COVID-19.

2. Del noventa y dos por ciento (92%) del total de la cotización, la Entidad Administradora de Riesgos Laborales destinará como mínimo el 10% para las actividades prevención y promoción de que trata el numeral 2° del artículo 11 de la 1562 de 2012.

3. El uno por ciento (1 %) en favor del Fondo de Riesgos Laborales.

4. El dos por ciento (2%) para actividades emergencia e intervención y para la compra elementos de protección personal, chequeos médicos frecuentes de preventivo y diagnóstico, y acciones de intervención directa relacionadas con contención y atención del Coronavirus COVID-1 destinados a los trabajadores de sus empresas afiliadas, que, con ocasión de labores que desempeñan, están directamente expuestos al contagio del virus, tales como los de la salud tanto asistenciales como administrativos y de apoyo, al igual que los trabajadores de aseo, vigilancia y alimentación, relacionados directamente con la prestación del servicio de salud; trabajadores de transporte aéreo, marítimo o terrestre; control fronterizo, cuerpo de bomberos, defensa civil y cruz roja.

Parágrafo. Las Administradoras de Riesgos Laborales presentarán a la Superintendencia Financiera en el mes noviembre 2020, el informe financiero detallado de la destinación recursos de que trata presente artículo.”

Cuatro días después fue expedido el Decreto Legislativo No. 500 de 31 de marzo de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas de orden laboral, relativas a la destinación de los recursos de las cotizaciones a las Administradoras de Riesgos Laborales de carácter público, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”* en cuyo artículo 3° se reprodujo de manera textual el artículo 5° del Decreto 488 citado en precedencia.

En igual sentido, el Ministerio de Trabajo expidió la Circular No. 0017 de 24 de febrero de 2020 dirigida a las Administradoras de Riesgos Laborales, Empleadores, Contratantes y Trabajadores Independientes y Contratistas del Sector Público y Privado, es decir, con anterioridad a la confirmación del primer caso de COVID-19 en Colombia y, precisamente, con el fin de prever las contingencias que conllevaría su arribo.

En su numeral 2, y para lo que respecta al caso concreto, estableció las acciones que debían ejecutar las ARL ante la confirmación de casos positivos, específicamente en su numeral 2.1.4. se dispuso que promoverían el autocuidado de los trabajadores independientes y contratistas en procedimientos seguros, ambientes de trabajo seguro y hábitos saludables, atendiendo los lineamientos para la preparación y respuesta ante la eventual introducción de casos de enfermedad por COVID-19.

En concordancia con la Circular 17, y en desarrollo de los Decretos 488 y 500 de 2020, el Ministerio de Trabajo expidió la Circular No. 0029 de 3 de abril de 2020, dirigida igualmente a las Entidades Administradoras de Riesgos Laborales, Empleadores, Contratantes, Trabajadores Dependientes, Trabajadores Independientes y Contratistas en la cual recordó que:

“La colaboración que deben prestar las Administradoras de Riesgos Laborales en la fase de mitigación respecto al suministro de elementos de protección personal, chequeos médicos frecuentes de carácter preventivo y diagnóstico y acciones de intervención directa relacionadas con Covid-19, no exime al empleador de cumplir con su obligación respecto de proporcionar los Elementos de Protección Personal y analizar actividades en seguridad y salud en el trabajo.

En igual sentido las disposiciones contenidas en el artículo 5 del Decreto 488 del 27 de marzo de 2020 se refieren solamente a empleadores que desarrollen actividades en las que los trabajadores se encuentren directamente expuestos al riesgo de contagio de Covid 19.

Luego, la norma anterior, señala que las Entidades Administradoras de Riesgos Laborales deben realizar actividades de promoción y prevención dirigidas a los trabajadores de sus empresas afiliadas, que, con ocasión de las labores que desempeñan, están directamente expuestos al contagio del virus; tales como trabajadores de la salud tanto asistenciales como administrativos y de apoyo en los cuales se consideran los trabajadores de vigilancia, trabajadores de aseo, trabajadores de alimentación, relacionados directamente con la prestación del servicio de salud; trabajadores de terminales de transporte marítimo, control fronterizo, cuerpo de bomberos, defensa civil y cruz roja con exposición directa a Covid-19.”

3.4. Caso concreto

Dentro del expediente reposan los siguientes elementos de convicción relevantes para resolver el problema jurídico planteado, a saber:

- El señor CARLOS ALBERTO GÓMEZ MONROY identificado con C.C No. 7.176.705 de Tunja, es médico general de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en pediatría de la Universidad del Rosario (2008), especialista en cardiología pediátrica de la misma Universidad (2015), conforme a anexos allegados con el escrito de tutela (expediente 1).

- Actualmente, el señor CARLOS ALBERTO GOMEZ MONROY presta sus servicios como médico cardiólogo pediatra en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA en desarrollo del contrato de prestación de servicios No. 050 que suscribió con la empresa MOYA HERMANOS Y CIA S EN, por el periodo comprendido entre el 20 de noviembre de 2019 hasta el 20 de mayo de 2020, con el objeto de prestar el servicio de consulta, ecocardiograma TT, prueba de esfuerzo, lectura de EKG, lectura de holter, respuesta a interconsultas, en las instalaciones del HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA o de sus clientes. (expediente 6 páginas 6 y 14 a18).

- Actualmente, el señor CARLOS ALBERTO GOMEZ MONROY presta sus servicios como médico cardiólogo pediatra en CLINICA INVERSIONES MEDICAS LOS ANDES S.A.S , en virtud del contrato de prestación de servicio suscrito el 01 de diciembre de 2019 entre CARDIOPED G&C S.A. y CARLOS ALBERTO GOMEZ MONROY, con una duración de siete (07) meses, con el objeto de prestar los servicios profesionales de medicina especializada en cardiología pediátrica para cubrir las necesidades y requerimientos del servicio de cardiología pediátrica de la CLINICA INVERSIONES MEDICAS LOS ANDES S.A.S. de acuerdo a las actividades programadas por el contratista. (expediente 6 páginas 19 y 26 a 29).

- El señor CARLOS ALBERTO GOMEZ MONROY se encuentra vinculado a Positiva Compañía de Seguros S.A -ARL- como trabajador independiente con contrato de

prestación de servicios superior a un mes, cuyo contratante es Moya Hermanos y CIA, por un término de seis meses comprendidos entre el 20 de noviembre de 2019 y el 20 de mayo de 2020, ejecutando actividad económica en riesgos profesionales con código 3851101, clase de riesgo 3, tarifa 2.43600. (expediente 6 páginas 7 a 13).

- El señor CARLOS ALBERTO GOMEZ MONROY se encuentra vinculado a Positiva Compañía de Seguros S.A -ARL- como trabajador independiente contratista de la empresa CARDIOPED G&C S.A.S, desde el 10/12/2019 y fecha fin de contrato 31/07/2020 con riesgo 3. (expediente 5 página 49).

- De acuerdo con las vinculaciones en mención, el señor CARLOS ALBERTO GOMEZ MONROY ha venido liquidando y pagando sus aportes a Positiva Compañía de Seguros S.A -ARL- conforme a planillas integradas de aportes en línea, tipo de cotizante: Independiente con contrato de prestación de servicios superior a 1 mes, con tarifa de ARL de 2,436%, de acuerdo a lo siguiente:

Periodo	No. planilla	Fecha de pago	IBC	Valor cotización ARL	Valor cotización total *
2020-01	9402579454	05-02-2020	\$11.310.000	\$275.600	\$3.625.200
2020-02	9403404952	02-03-2020	\$11.770.000	\$286.800	\$3.759.100
2020-03	9404313096	02-04-2020	\$ 6.800.000	\$165.700	\$2.171.700

*Valor cotización total AFP (16%), EPS (12,5%) y ARL (2.436%) (Expediente 1 pág. 42 a 53)

Una vez enunciado el material probatorio relevante para solucionar el problema jurídico planteado, relacionado con la obligación o no por parte de POSITIVA ARL de suministrar los elementos de protección personal al accionante, para la Sala resulta claro que derivado de la práctica de la tercerización laboral, el señor CARLOS ALBERTO GOMEZ MONROY, en su calidad de profesional de la salud, no mantiene una relación laboral directa con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja o con la Clínica Inversiones Médicas los Andes S.A.S, donde presta sus servicios, sino que su vinculación es vía contrato de prestación de servicios con la Sociedad Moya Hermanos y CIA S en C. y Cardioped G&C S.A.S, respectivamente, lo que

implica que del valor del contrato el accionante destina un porcentaje importante para cotización al Sistema General de Riesgos Laborales, específicamente a la ARL de POSITIVA Compañía de Seguros.

Adicionalmente, para la Sala es claro que a pesar de que formalmente no exista una relación laboral o contractual directa entre el accionante (como persona natural), y la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y la Clínica Inversiones Médicas los Andes S.A.S., si existe una **responsabilidad solidaria ineludible frente al tema de suministro de equipos y elementos de protección personal** del "subcontratista", que se genera en virtud de los contratos celebrados entre la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Moya Hermanos CIA E en C, así como en virtud del contrato celebrado entre la Clínica Inversiones Médicas los Andes S.A.S y Cardioped G&C SAS, máxime si se tiene en cuenta que las labores desarrolladas por el accionante se ejecutan en las instalaciones de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y la Clínica Inversiones Médicas los Andes SAS y constituyen labores o actividades propias y misionales del objeto social de estas instituciones de salud que son finalmente las beneficiarias de los servicios prestados por el médico cardiólogo pediatra.

Lo mencionado se corrobora en la contestación allegada por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja en la que al pronunciarse sobre los hechos indicó:

"(...) AL CUARTO. PARCIALMENTE CIERTO pues según certificaciones adjuntas a la presente contestación el doctor Carlos Alberto Gómez no tiene vínculo laboral alguno con nuestra institución, sin embargo, su especialidad de cardiología pediátrica la desarrolla en virtud del contrato n° 359 de 2020 Vigente entre MOYA HERMANOS CIA S EN C con NIT 830053814-7 representada legalmente por Luis Antonio Moya Jiménez y la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA". (Expediente 3 pág. 40)

En el mismo sentido, la Clínica Inversiones Médicas los Andes S.A.S. en la contestación allegada, al pronunciarse sobre los hechos mencionó:

*"(...) **AL HECHO CINCO. ES CIERTO** Tal y como se evidencia en las certificaciones de fecha 16 de abril hogañó, emitidos en calidad de Gerente General, con destino a este Despacho de conocimiento, el Dr. Carlos Alberto Gómez Monroy presta sus servicios profesionales en al I.P.S. Clínica de los Andes de Tunja, realizando valoraciones e interconsultas en internación (Hospitalización*

y UCI), valoraciones e interconsulta de urgencias, procedimientos de diagnóstico cardiovascular pediátricos y consulta externa". (Expediente 2 pág. 41)

Y en la certificación suscrita por el Gerente General de la Clínica Inversiones Médicas los Andes S.A.S., se señaló:

"Que a la fecha se encuentra vigente un contrato de naturaleza civil y comercial de fecha 1º de agosto de 2019, firmado con la empresa CARDIOPED G&C S.A.S con NIT 901.299.141-2 dentro del cual funge como representante legal el Doctor CARLOS ALBERTO GÓMEZ MONROY, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.176.705 expedida en Tunja, y cuyo objeto es la prestación de servicios profesionales especializados en cardiología pediátrica, con la realización de las siguientes actividades: -valoraciones e interconsultas en internación(Hospitalización y UCI), valoraciones e interconsulta de urgencias, procedimientos de diagnóstico cardiovascular pediátricos y consulta externa". (Expediente 2 pág. 48)"

En ese orden de ideas, el Decreto 1072 de 2015⁸ estableció que deben adoptarse medidas de prevención y control con base en el análisis de pertinencia, teniendo en cuenta el siguiente esquema de jerarquización:

(...) 5. Equipos y Elementos de Protección Personal y Colectivo: Medidas basadas en el uso de dispositivos, accesorios y vestimentas por parte de los trabajadores, con el fin de protegerlos contra posibles daños a su salud o su integridad física derivados de la exposición a los peligros en el lugar de trabajo. **El empleador deberá suministrar elementos y equipos de protección personal (EPP) que cumplan con las disposiciones legales vigentes.** Los EPP deben usarse de manera complementaria a las anteriores medidas de control y nunca de manera aislada, y de acuerdo con la identificación de peligros y evaluación y valoración de los riesgos". (Negrilla fuera de texto)

En tratándose de trabajadores con exposición directa a COVID-19, el Ministerio del Trabajo en la Resolución 029 de 03 de abril de 2020 en el asunto señaló específicamente: **"Los elementos de protección personal son responsabilidad de las empresas o contratantes; ante la presente emergencia por COVID-19, las administradoras de riesgos laborales apoyarán a los empleadores o contratantes en el suministro de dichos elementos exclusivamente para los trabajadores con exposición directa a COVID19".** (Negrilla y subrayado fuera de texto).

⁸ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

Tal como se ha indicado en la normatividad citada y en las recomendaciones efectuadas por el Instituto Nacional de Salud y por el Ministerio de Trabajo, el personal de salud que se encuentra en contacto permanente con pacientes portadores actuales o potenciales del coronavirus COVID-19, tiene un nivel de riesgo de exposición directa y por lo tanto, **es imperativo el suministro de elementos de seguridad** y, para el caso específico del accionante, esta condición se encontró acreditada, toda vez que a través de los contratos por él suscritos con la Sociedad Moya Hermanos y CIA S en C. y la sociedad Cardioped G&C S.A.S, además de las respuestas allegadas por el Hospital Universitario San Rafael de Tunja e Inversiones Médicas de los Andes S.A.S, se confirmó que presta servicios especializados en cardiología pediátrica, en estas dos instituciones de salud.

Aunado a lo anterior, reviste gran importancia para el caso concreto lo afirmado por el accionante en los hechos cuarto y quinto del escrito de tutela en los que mencionó que **es el único cardiólogo pediatra** que presta sus servicios Hospital Universitario San Rafael de Tunja y en la Clínica de los Andes IPS, hechos que no fueron contradichos por las mencionadas instituciones en las respuestas allegadas al proceso; por ende, el segmento poblacional al cual se dirigen sus servicios es nada más y nada menos que a la niñez, sujetos a quienes conforme a la jurisprudencia constitucional⁹ se les ha reconocido *un status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta -entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación*, sin desconocer además que en el núcleo familiar del médico accionante se encuentran dos menores de edad de 10 y 11 años¹⁰, que podrían ver afectada su salud a causa del desarrollo de la profesión de su padre sin las protecciones y garantías debidas.

⁹ Sentencia T-881/08

¹⁰ Hecho octavo del escrito de tutela.

En consecuencia, de conformidad con el Decreto Legislativo 500 de 2020 y la Resolución 0029 de 2020, POSITIVA ARL está llamada a realizar actividades de apoyo, específicamente frente a la entrega de elementos de protección personal, realización de chequeos médicos frecuentes de carácter preventivo y diagnóstico, así como las acciones de intervención relacionadas con la contención y atención de casos por COVID-19, hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica, de manera concertada con los contratantes, esto es, con el Hospital Universitario San Rafael de Tunja y con Inversiones Médicas de los Andes S.A.S, respectivamente.

Lo antes indicado, teniendo en cuenta que las empresas contratantes Moya Hermanos y CIA y Cardioped G&C, en el fondo son “empresas” que los profesionales médicos han tenido que constituir esencialmente para poder contratar con las verdaderas empresas prestadoras de servicios de salud (EPSs, IPS, ESEs, etc) que no quieren obligarse a pagarle a estos profesionales prestaciones sociales, y, que ahora, además pretenden que sean dichos profesionales quienes asuman los gastos de prestación de servicios, y que de no detenerse a tiempo, muy seguramente se va a llegar a extremos como los que se usan en el mercado del servicio de taxi, de llegar a arrendarle a los profesionales médicos las salas de cirugía, de hospitalización, etc. Para que aquellos asuman todos los gastos, en tanto los intermediarios se quedan con las utilidades y sin asumir los riesgos de la prestación del servicio.

De esta manera, ante el vertiginoso aumento de casos de contagio del coronavirus al personal del sector salud, es necesario que se realicen esfuerzos mancomunados entre los empleadores o contratantes, las instituciones o empresas prestadoras de servicios de salud que se benefician con los servicios de este personal, más que las empresas intermediadoras que en el mayor número de casos son simplemente eso, es decir empresas que los médicos se ven obligados a crear para poder prestar sus servicios ya que los beneficiarios de sus servicios se niegan, infortunadamente con respaldo legal, a contratarlos directamente, y las administradoras de riesgos laborales en aras de ejecutar las

labores de prevención del contagio del personal directamente expuesto al Coronavirus COVID-19.

A su vez, el papel de las ARL en situaciones como la que atraviesa en este momento el país, especialmente ante la labor del personal médico que debe enfrentarse a diario a un altísimo riesgo de contagio, no debe ser únicamente de carácter pasivo, y aguardar a que el profesional de la salud resulte positivo en el contagio para luego proceder a reconocer una incapacidad, o en el peor de los casos, una pensión, sino que su papel debe estar más enfocado hacia la promoción y prevención¹¹, lo que implica para sí, inclusive menores erogaciones futuras, habida cuenta que no es lo mismo dotar de elementos de seguridad al personal cotizante durante el tiempo que dure la emergencia, que pagar una mesada pensional de por vida, lo cual aplica en el mismo sentido para las instituciones prestadoras de salud, teniendo en cuenta que no solo el personal de la salud está expuesto al contagio del COVID-19, sino que estos a su vez podrían ser transmisores del virus a sus pacientes (en este caso a niños y adolescentes) y ello puede dar lugar a demandas de responsabilidad contractual y extracontractual que sería bastante onerosas para las prestadoras de servicios de salud.

Aunado a lo anterior, y en cuanto a la periodicidad del suministro de elementos, no desconoce la Sala que, tal como lo refirió la ARL en su impugnación, sus recursos no son ilimitados, por lo que las medidas que han venido siendo adoptadas por el gobierno nacional no tienen carácter permanente, en tanto están destinadas exclusivamente a atender la contingencia que se desarrolla a nivel mundial por causa de la pandemia coronavirus COVID-19.

Adicionalmente, no es de recibo el argumento de la accionada en cuanto a que la periodicidad fijada por el a quo, esto es, *“el suministro mensual de los siguientes elementos de protección personal hasta que se supere la contingencia*

¹¹ Dentro de las motivaciones de los Decretos Legislativos 488 y 500 de 2020 se mencionó que “la promoción y prevención los riesgos laborales es fundamental para afrontar la emergencia Económica, Social y Ecológica dentro los ambientes laborales para salvaguardar la salud y la vida de los trabajadores”.

presentada por el coronavirus COVID-19(...)”, contraría las Resoluciones 488 y 500 de 2020, por no respetar los porcentajes fijados, toda vez que estas normas no fijaron topes para la dotación, sino que, por el contrario, señalaron los porcentajes que, del total de la cotización utilizarían para compra de elementos protección personal, chequeos médicos y diagnóstico. De este modo, ante la falta de una prueba que permita afirmar que con la decisión se afectan estos porcentajes, no resulta del caso revocarla.

Debe recordarse en este punto, que el decreto 538 de 12 de abril de 2020 incluyó como enfermedad profesional el covid-19 para el personal de la salud, el cual, de acuerdo con el Instructivo para la vigilancia en salud pública intensificada de infección respiratoria aguda asociada al nuevo coronavirus 2019 (COVID-19), se encuentra en alto riesgo de contraerlo, al generar contacto estrecho con otros pacientes sin la protección adecuada, lo cual es inevitable por razón de su labor, en cambio, este riesgo puede ser mitigado por parte de las ARL y por los contratantes de los profesionales de la salud con el suministro de los equipos y elementos de protección necesarios.

En conclusión, lo dispuesto por el Juzgado a quo en el sentido de *“ordenar a Positiva Compañía de Seguros SA ARL que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente providencia, conforme a los Decretos Legislativos 488 y 500 de 2000, valore la exposición del riesgo del actor de contagio al COVID – 19, garantice chequeos médicos preventivos y diagnósticos y coordine con los representantes legales de las sociedades Moya Hermanos y CIA y CARDIOPED G&C SAS el suministro mensual de los siguientes elementos de protección personal hasta que se supere la contingencia presentada con el coronavirus COVID-19”* deberá modificarse en el sentido de indicar que estas actividades deberán ser concertadas y coordinadas con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y la Clínica Inversiones Médicas los Andes SAS y con el médico accionante. Por esa misma razón se modificará el resuelve para excluir al Hospital San Rafael y a inversiones Clínica los Andes de la declaratoria de excepción probada de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Ahora bien, frente al problema jurídico en relación a la valoración del riesgo, arguyó el impugnante que, de acuerdo con las normas relacionadas con el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el trabajo, y especialmente a lo dispuesto en la circular 029 de 2020, corresponde al empleador o contratante la realización de la identificación de los trabajadores con exposición directa al contagio de Covid-19, en su sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo.

Su inconformismo refiere al numeral tercero del fallo de tutela impugnado en el cual se estableció:

"TERCERO.- En consecuencia, se ordena a Positiva Compañía de Seguros SA ARL que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente providencia, conforme a los Decretos Legislativos 488 y 500 de 2000, valore la exposición del riesgo del actor de contagio al COVID - 19, garantice chequeos médicos preventivos y diagnósticos y coordine con los representantes legales de las sociedades Moya Hermanos y CIA y CARDIOPED G&C SAS el suministro mensual de los siguientes elementos de protección personal hasta que se supere la contingencia presentada con el coronavirus COVID-19".

De la lectura integral de la orden dada en el numeral tercero del fallo puede establecerse que al solicitar por parte de POSITIVA ARL **la valoración** de exposición del riesgo del actor de contagio al COVID-19, se busca que de manera coordinada con los contratantes (cada uno acorde con sus competencias legales), se identifiquen, evalúen y valoren los riesgos, ya que conforme a lo indicado por el Decreto 1072 de 2015 en el Artículo 2.2.4.6.24., "los elementos de protección personal -EPP deben usarse de manera complementaria a las anteriores medidas de control y nunca de manera aislada, **y de acuerdo con la identificación de peligros y evaluación y valoración de los riesgos"**.

De esta manera, para hacer efectiva la protección a la salud y el trabajo en condiciones dignas del accionado, se requiere que la administradora de riesgos laborales conforme a la Ley 1751 de 2015 y al Decreto Legislativo 500 de 2020 cumpla su obligación de realizar actividades de prevención y control de riesgos laborales -en este caso, para el trabajador independiente, actividades por supuesto sujetas a las condiciones particulares de riesgo de contagio, de manera

que para definir cuáles elementos de protección personal son técnica y legalmente idóneos para el ejercicio de la actividad del supra especialista, se requiera la valoración previa de sus riesgos.

Por tanto, teniendo POSITIVA ARL la obligación de entregar elementos de protección personal, en coordinación con los contratantes como se mencionó en precedencia, también deberá valorar la exposición del riesgo del actor de contagio al COVID-19 para que el suministro sea acorde con la misma, teniendo en cuenta las condiciones particulares de los procedimientos médicos que en calidad de cardiólogo pediatra realiza el accionante.

De otro lado, frente al problema jurídico relativo a la necesidad o no de realizar un proceso de calificación de origen de la enfermedad, ante un eventual contagio del actor, conforme al numeral cuarto del fallo en el que se estableció:

CUARTO.- Se exhorta al representante legal de Positiva Compañía de Seguros SA ARL que en el evento de que el actor presente un contagio del coronavirus COVID-19 se le reconozcan todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad de origen laboral por esa enfermedad, sin que se requiera la determinación de origen laboral en primera oportunidad o el dictamen de las juntas de calificación de invalidez en los términos del artículo 13 del Decreto 538 del 12 de abril de 2020.

La Sala dirá, en primer lugar, que la decisión plasmada por la Juez en este numeral no constituye una orden por cuanto la situación jurídica que se contempla se da sobre el supuesto de que el actor llegase a presentar un contagio del coronavirus (situación que no se ha presentado, y se espera no se presente), en cuyo caso, es acertado como lo indica la *a quo*, que de llegar a suceder, la ARL proceda a reconocerle todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad de origen laboral por esa enfermedad, sin que se requiera la determinación de origen laboral en primera oportunidad o el dictamen de las juntas de calificación de invalidez, que no es más que un imperativo contemplado en el artículo 13 del Decreto 538 del 12 de abril de 2020 que eliminó los requisitos de que trata el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 1562 de 2012 para incluir dentro de la tabla de enfermedades laborales, el Coronavirus COVID-

19 como enfermedad laboral directa, respecto de los trabajadores del sector salud, indicando adicionalmente que:

*“Las entidades Administradoras de Riesgos Laborales -ARL-, desde el momento en que se confirme el diagnóstico del Coronavirus COVID-19, deben reconocer todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad de origen laboral por esa enfermedad, **sin que se requiera la determinación de origen laboral en primera oportunidad o el dictamen de las juntas de calificación de invalidez.**”*
(Negrilla fuera de texto)

Por tanto, la Sala encuentra ajustado a derecho lo decidido en el fallo de tutela de primera instancia, sin perjuicio de las modificaciones que se introducirán según ha quedado indicado antes, no siendo de recibo los argumentos de la impugnación presentada por POSITIVA ARL.

Finalmente, la Sala hará alusión a la evidencia allegada por el accionante el día 04 de mayo de 2020 al correo electrónico de la Secretaría de este Tribunal, en la que se adjuntan fotos y tres video relacionados -con la entrega de elementos de protección por parte de POSITIVA ARL, -con la entrega de elementos de protección por parte de la sociedad CARDIOPED G&C SAS y -la comparación entre los elementos entregados por una y otra, destacando en el caso concreto lo correspondiente a POSITIVA ARL quien en la impugnación adujo haber cumplido sus obligaciones.

Es así que del “video de lo entregado por ARL POSITIVA” se extrae que el accionante indicó:

“(...) Acabo de recibir esta caja de Positiva Compañía de Seguros S.A. que son los elementos de protección solicitados a través de una acción de tutela ya que hasta el momento no había hecho entrega de ningún elemento, entonces vamos a revisar qué trae la caja (realiza desinfección exterior de la caja sellada y la destapa). <<extrae de una cajita sin sellar>>- tapabocas, mascarillas quirúrgicas normales, no vienen en su empaque sino que evidentemente ya fueron destapadas en otro lugar y los empacaron en una caja, -y mandan aproximadamente tres mascarillas N-95 que aparentemente son falsificadas ya que donde trabajo y yo mismo he comprado varias mascarillas pero el símbolo de nitta está mucho más claro, generalmente son mascarillas que tienen dos elásticos para fijarse en la cabeza, estas solo tienen uno y se ve que la calidad es muy delgada, a pesar de que tengo que trabajar en unidades de cuidado intensivo con una frecuencia de cuatro o cinco veces por semana en contacto estrecho con pacientes durante tiempos prolongados para realizar ecocardiogramas que duran más o menos 20 minutos , Positiva solamente me hace entrega de tres N-95, o sea que aparentemente

no tendría que seguir ejerciendo mi función en las demás oportunidades. -Una caja de guantes donde evidentemente vienen menos guantes de la cantidad establecida y la caja viene abierta, -y algunos guantes quirúrgicos, vienen aproximadamente 5 o 6, - acá hay otras mascarillas aparentemente N-95 que se ven un poco de mejor calidad (mostró dos empaques), no es nada más”.

Para explicar por qué presume que las tres mascarillas N-95 allegadas por ARL POSITIVA son aparentemente falsificadas, las compara con otras mascarillas N-95 adquiridas por el accionante a nombre de CARDIOPED G&C SAS, siendo evidentes las diferencias si se tiene en cuenta que las mascarillas son en apariencia de la misma marca: Nitta.

De la evidencia aportada por el accionante, claramente puede establecerse que si bien POSITIVA ARL le hizo entrega de algunos elementos en el marco del fallo de la acción de tutela, los mismos no son completos conforme a la orden dada, lo cual sitúa a la Sala en un contexto que le permite aclarar que no es suficiente el suministro de cualquier equipo y elemento de protección personal, sino que este debe cumplir las características técnicas conforme a las disposiciones legales vigentes, para una adecuada y eficaz protección de acuerdo a los factores de riesgo que se presentan en la actividad desarrollada por el profesional de la salud. Por lo indicado, la Sala dispondrá compulsar copia de esta providencia y de los videos allegados por el accionante con destino a la superintendencia financiera y a la Procuraduría General de la Nación a efectos de que dichas entidades evalúen las presuntas irregularidades en que incurre la ARL Positiva y determinen la pertinencia de adelantar posibles investigaciones.

Con base en lo expuesto, una vez analizadas las inconformidades formuladas por la entidad impugnante, y en vista de su no prosperidad, se impone confirmar la sentencia de primera instancia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los ordinales primero, tercero y quinto de la sentencia proferida el veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020) por el Juzgado Segundo Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja, los cuales quedarán así:

***"PRIMERO.-** Declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia de Salud, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Ministerio de Salud y Protección Social, según lo expuesto".*

***"TERCERO.-** En consecuencia, se ordena a Positiva Compañía de Seguros SA ARL que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente providencia, conforme a los Decretos Legislativos 488 y 500 de 2000, valore la exposición del riesgo del actor de contagio al COVID – 19, garantice chequeos médicos preventivos y diagnósticos y coordine con los representantes legales de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y de la Clínica Inversiones Médicas los Andes S.A.S, y con el médico accionante, el suministro mensual, garantizando que en todos los eventos el profesional médico cuente con los siguientes elementos de protección personal hasta que se supere la contingencia presentada con el coronavirus COVID-19:*

- *Mascarilla quirúrgica*
- *Visor, gafas de succión, pantalla facial careta*
- *Bata manga larga antifluido.*

- *Mascarilla de alta eficiencia (Tipo N95 o FFP2)*
- *Vestido quirúrgico debajo de la bata que se retira al final del turno*
- *Gorro”.*

“QUINTO: *De las diligencias y actuaciones que adelanten EL HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y la clínica INVERSIONES MÉDICAS LOS ANDES y Positiva Compañía de Seguros SA ARL, para el cumplimiento de las ordenes efectuadas en el ordinal TERCERO deberá remitir informes a este despacho dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia. En el mismo término, Positiva Compañía de Seguros SA ARL deberá informar al despacho nombre, cargo, correo personal institucional e identificación de la persona encargada de dar cumplimiento a las órdenes impartidas en este fallo, a efectos del seguimiento al cumplimiento de la orden de tutela como lo dispone el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991. Se solicita a las partes que suministren al despacho un número de teléfono de contacto, a fin de hacer el seguimiento de las órdenes impuestas por el despacho. Así mismo, todos los informes deberán ser enviados al correo electrónico j02admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co. Lo anterior, en atención a las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, en los Acuerdos PCSJA20-11517 15 de marzo de 2020, PSCJA20-11521 del 19 de marzo de 2020 y PSCJA-11532 del 11 de abril de 2020”.*

SEGUNDO: COMPULSAR copia de esta providencia y de los videos allegados por el accionante con destino a la Superintendencia Financiera y a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada

CUARTO: Comuníquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **remítase** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión y envíese copia de la misma al Juzgado de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sesión de la fecha.

Los magistrados,

FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

HOJA DE FIRMAS

TUTELA 2020-00046-01

ACTOR: CARLOS ALBERTO GÓMEZ MONROY

ACCIONADO: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Y OTROS