

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

SALA DE DECISIÓN No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

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

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA

ACTOR: RAFAEL ENRIQUE JIMÉNEZ MOLINA

**DEMANDADO: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. ARL
POSITIVA Y OTROS**

RADICADO: 15001333300620200005201

I. ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a pronunciarse respecto de la impugnación presentada por la Compañía Positiva de Seguros S.A. ARL Positiva y el Ministerio de Salud y de la Protección Social, contra el fallo de tutela proferido el 8 de mayo de 2020 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Tunja, en el que se accedió a la solicitud de amparo presentada por el señor RAFAEL ENRIQUE JIMÉNEZ MOLINA.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda de tutela: El señor RAFAEL ENRIQUE JIMÉNEZ MOLINA presentó escrito con el fin que se amparen sus derechos fundamentales a la salud integral, a la vida, al trabajo en condiciones dignas, seguras y justas, presuntamente vulnerados por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. – ARL POSITIVA. Solicitó se ordene a la accionada, que ante la inminencia de la emergencia sanitaria declarada mundialmente por el coronavirus – COVID 19, se le garantice la entrega de suministro y equipos que contengan todas las medidas de protección y bioseguridad que le permitan adelantar sus labores como médico supra especialista en condiciones mínimas de seguridad y dignidad.

Así, solicitó el suministro de los siguientes elementos:

- Mascarilla quirúrgica – mínimo 30 por mes.
- Visor, gafas de succión, pantalla facial – mínimo 5 por mes
- Bata manga larga anti fluido – 30 por mes.
- Mascarilla de alta eficiencia – N95 o FFP2 – 30 por mes
- Vestido quirúrgico debajo de la bata que se retira al final del turno – 30 por mes.
- Gorro – 30 por mes.
- Traje desechable de protección 3M 4545 – 15 por mes.

Solicitó igualmente se ampare su derecho fundamental a la salud integral, de manera que cualquier contagio, enfermedad o consecuencia derivada del COVID – 19 se asumida por la ARL accionada, quien además deberá dar cumplimiento a las medidas y disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo No. 500 de 31 de marzo de 2020 (fls. 1 – 2).

Como fundamentos fácticos de la acción, narró el actor que se desempeña como médico especialista en medicina interna y especialista en cardiología a través de la sociedad Moya Hermanos y CIA S en C, en la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja desde octubre de 2017. Que desde la declaratoria de pandemia mundial COVID-19 ha prestado sus servicios como especialista sin que la respectiva administradora de riesgos laborales ARL POSITIVA, le suministre elementos de protección personal, a pesar del tipo de actividades que desarrolla, esto es, realización de ecocardiogramas transtorácicos en Unidad de Cuidados Intensivos – Adultos, Sala de Reanimación de Urgencias y Piso de medicina interna y realización de interconsultas, donde mantiene contacto con pacientes que potencialmente puedan portar y transmitir el referido virus.

Manifestó que presta sus servicios 5 días por semana, lo cual le implica desplazarse al hospital y desarrollar sus labores en la UCI – Sala de Reanimación de Urgencias, donde se encuentran pacientes en malas condiciones, bajo ventilación mecánica, que proceden de múltiples zonas del departamento, lo que implica un mayor riesgo, para él y su familia,

como quiera que su esposa también es profesional médica, y tienen dos hijos, mellizos de 6 años de edad.

Que en vista que las políticas nacionales no han establecido un tipo de contratación directa con las entidades de salud, los profesionales de la salud se encuentran tercerizados; que realiza cotización al Sistema General de Seguridad Social y Parafiscales como independiente, sobre la base del 40% de lo facturado, del cual, para la ARL corresponde un 2.436%, a pesar de lo cual, en más de un mes, transcurrido desde la declaratoria mundial de la pandemia por COVID-19, no ha recibido de parte de la ARL POSITIVA elementos de protección o seguridad personal, sin tener en cuenta los lineamientos del Ministerio de Salud y Protección Social y la Presidencia de la República (fls. 3 – 4).

2.2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante providencia fechada el 8 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia de Salud, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Ministerio de Salud y Protección Social y del Hospital Universitario San Rafael de Tunja. No obstante, exhortó a la Superintendencia de Salud y al Ministerio de Salud para que presenten propuestas tendientes a erradicar la tercerización laboral del sector salud, y al Ministerio de Trabajo para que ejerza vigilancia sobre las personas jurídicas que vinculan al personal de salud.

Amparó los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, a la salud y a la vida digna del señor Rafael Enrique Jiménez Molina y ordenó a Positiva Compañía de Seguros S.A. ARL que, en el término de 48 horas, valore la exposición de riesgo del actor al contagio por COVID-19, garantice sus chequeos médicos preventivos y diagnósticos, y coordine con la Sociedad Moya Hermanos y CIA S en C, el suministro de los siguientes elementos de protección mientras dure la pandemia:

- Mascarilla quirúrgica
- Visor, gafas de succión, pantalla facial careta

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

Exhortó además a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. ARL, para que en el evento que se presente un contagio del coronavirus COVID-19, le sean reconocidos al accionante todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad de origen laboral por esta 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 de 12 de abril de 2020."*

Como fundamento de su decisión, luego de analizar el fundamento legal y jurisprudencial de los derechos invocados, precisó que con base en la Declaratoria del brote de la enfermedad coronavirus COVID-19 como pandemia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, por medio del cual declaró el Estado de Emergencia Económica, y Social en todo el territorio nacional, y se advirtió que el personal de la salud sería la primera línea de respuesta, por ende, en exposición a un alto riesgo de contagio del mencionado virus.

Citó los Decretos 538 de 12 de abril de 2020, 488 de 27 de marzo de 2020, 500 de 31 de marzo de 2020, las Circulares No. 17 de 24 de febrero de 2020 y No. 29 de 3 de abril de 2020 emanadas del Ministerio de Trabajo, de los cuales coligió que transitoriamente las Administradoras de Riesgos Laborales tienen la obligación de suministrar los elementos de seguridad y garantizar chequeos médicos frecuentes y diagnóstico al personal de la salud que labora en hospitales o centros de salud, con exposición directa al riesgo de contagio del COVID-19.

Sobre la protección a los trabajadores en el marco de la emergencia sanitaria, dijo que la OIT ha recomendado a los gobiernos mejorar los lineamientos normativos en materia de higiene y seguridad en el trabajo,

de modo que se adapten a las características particulares del trabajo del personal médico.

Precisó la competencia que corresponde a Superintendencia de Salud, el Ministerio de Trabajo, la Superintendencia Financiera y la UGPP en materia de vigilancia y control dentro del Sistema General de Riesgos Laborales.

Se refirió a la tercerización laboral que ejercen las cooperativas de trabajo asociado, frente a la cual afirmó que el sector salud afronta pésimas condiciones laborales, partiendo de la contratación que se viene efectuando por terceros que no cumplen con las directrices legales y terminan tercerizando la labor de este sector.

Indicó que, de acuerdo con el material probatorio aportado, el accionante se encuentra clasificado dentro del grupo de trabajadores con riesgo de exposición directa; que es responsabilidad de los empleadores y contratantes, y de las Administradoras de Riesgos Laborales suministrar los elementos de seguridad a los trabajadores de la salud para evitar el contagio del coronavirus COVID-19.

Que en vista de la afiliación del señor Jiménez Molina Positiva Compañía de Seguros S.A. ARL, como trabajador independiente de la salud, y es allí donde efectúa sus cotizaciones, durante el estado de emergencia, es obligación de la ARL y de los empleadores o contratistas suministrar a los trabajadores de la salud los elementos de protección personal.

Expuso que actualmente la ARL POSITIVA viene incumpliendo su obligación, toda vez que transcurrido más de 1 mes desde la declaratoria de emergencia no ha acreditado actuaciones efectivas con miras a entregar los elementos de protección que requiere el accionante.

Que en el sub lite se presenta una situación de tercerización laboral, por lo que consideró que entre la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, la ARL POSITIVA y la Sociedad Hermanos Moya y CIA S en C, deben coordinar la

protección y seguridad de sus prestadores de servicios ante la presente emergencia sanitaria.

Aclaró que el coronavirus COVID-19 fue incluido como una enfermedad laboral directa para el personal de la salud, en atención al riesgo de contagio en sus labores cotidianas, por lo que resulta procedente que las ARL reconozcan todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad de origen laboral por esta enfermedad (fls. 217 – 271).

2.3. LA IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE TUTELA.

- La Apoderada de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** presentó escrito de impugnación contra el fallo de tutela, en el que señaló que la decisión del *a quo* no se encuentra acorde con lo contemplado en los decretos 488 y 500 de 2020, y las circulares 017 y 029 de 2020 emanadas del Ministerio de Trabajo, toda vez que hace presumir que la entrega de elementos de protección personal al accionante como trabajador del sector salud es una obligación directa de las ARL, lo que contraría la circular 029 de 2020 expedida por el Ministerio de Trabajo, según la cual, el empleador es el responsable de comprar y suministrar los elementos de protección personal a sus trabajadores, mientras que la obligación de las ARL consiste en brindar apoyo por la emergencia *"en la medida que la obligación impuesta por el Gobierno Nacional a las ARL se da como consecuencia de la pandemia, es por un tiempo determinado y se encuentra limitada al 7% de los recursos de las cotizaciones en riesgos laborales."*

Sostuvo que por encontrarse el accionante vinculado a la Sociedad Moya Hermanos y Cía. S en C., y por prestar sus servicios en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, son éstas las que deben encabezar la entrega de elementos de bioseguridad al profesional de la salud, mientras que las ARL constituyen únicamente un apoyo.

Explicó que a pesar que se ordenó la entrega de determinados elementos de protección con una periodicidad mensual, sin tener en cuenta que la

ARL tiene una responsabilidad limitada a 7% de los recursos de las cotizaciones en riesgos laborales, según lo disponen los Decretos 488 y 500 de 2020, y la compra de dichos elementos se efectúa con esos recursos, por lo que la orden impartida se tornaría desproporcionada.

Arguyó que el a quo desconoció que la ARL accionada ha realizado la entrega de elementos de protección personal a la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja, donde presta sus servicios el actor como trabajador independiente desde el 24 de marzo de 2020, y que los elementos suministrados deben ser distribuidos a todo el personal médico que tenga exposición directa al virus, incluido el accionante.

Solicitó entonces que se revoque el fallo de primera instancia, y se declare que la ARL POSITIVA no ha vulnerado derecho alguno, en tanto ha cumplido con las obligaciones impuestas por el gobierno nacional (fls. 277 - 279).

- El **Ministerio de Salud y Protección Social** manifestó su inconformidad con el fallo del a quo, para lo cual expresó que su competencia es reglada, de manera que tiene asignada la dirección, orientación, coordinación y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Riesgos Profesionales, así como formular y definir los lineamientos relacionados con los sistemas de información de la protección social.

Citó algunas de las competencias asignadas a las entidades territoriales a partir de la declaratoria de emergencia sanitaria y sobre las Administradoras de Riesgos Laborales precisó que deben realizar la vigilancia en cuanto a la prevención de los riesgos de las empresas que tengan afiliadas, las que deberán asesorar en el diseño de programas permanentes y en el cumplimiento de lo dispuesto para el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo e informar a las Direcciones Territoriales del Ministerio de Trabajo los casos en los cuales se evidencia su no cumplimiento por parte de las empresas afiliadas.

Insistió en que los Ministerios de Salud y Protección Social, y del Trabajo, han avanzado en varias líneas de acción como son: i) Generación de espacios de diálogo con las partes y con entidades públicas, trámite de actuaciones administrativas con fines sancionatorios; ii) Realización del Foro sobre el cumplimiento de la normatividad laboral en materia de seguridad social integral en el sector Salud; iii) Suscripción del pacto por el trabajo decente en el sector salud el 5 de septiembre de 2019, y iv) se ha promovido el diálogo social con diferentes agremiaciones del sector de la salud, de conformidad con lo anterior podemos indicar que desde 2012 se han suscrito 45 acuerdos de Formalización Laboral a nivel nacional con entidades públicas y privadas para garantizar la estabilidad en el trabajo en el sector Salud, de los cuales se beneficiaron 12.784 trabajadores.

Mencionó que actualmente en un trabajo articulado entre el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Ministerio de Trabajo y de Salud y Protección Social, en desarrollo de las mesas de concertación laboral realizadas entre las centrales sindicales y el gobierno central se está tramitando un proyecto de ley mediante el cual se otorguen facultades extraordinarias al Presidente de la República para establecer un sistema laboral especial para el talento humano en salud de las Empresas Sociales del Estado; que actualmente el proyecto de ley se encuentra en trámite para ser presentado al legislativo para su estudio y decisión, y busca ajustarse mejor a las condiciones del personal encargado de atender tal prestación, pues la particularidad de las condiciones que los rigen hace necesario disponer de un régimen diferencial con el que aún no se cuenta.

Coligió que “el ordenamiento jurídico laboral que aplica al talento humano en salud para el sector privado en Colombia está sustentado en la libertad de contratación; no obstante, como se indicó en párrafos precedentes, los Ministerios de Trabajo y de Salud y Protección Social, han realizado esfuerzos por buscar que el sector privado opte por la formalización laboral del personal de salud y en cuanto al personal de salud del sector público, se adelanta el trámite de la Ley que otorgue facultades extraordinarias con el fin de emitir un estatuto especial para los servidores vinculados a las ESE públicas.”

De esta forma, solicitó se revoque la sentencia impugnada, en especial su numeral primero y que en su lugar se declare que no se han vulnerado los derechos del accionante, habida cuenta que ese ministerio actualmente cumple con todas las medidas de precaución y prevención relacionadas con la gestión del riesgo y emergencias, contemplado en el Plan Nacional de Gestión del Riesgo para evitar una propagación del Coronavirus COVID-19, además de renovar y actualizar las medidas preventivas y de acción para la atención del virus (fls. 288 – 296).

III. CONSIDERACIONES

III.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.

III.2. Problema Jurídico:

Le corresponde a la Sala de Decisión No. 6 de esta Corporación establecer en quiénes recae la obligación de suministrar los elementos de protección personal al accionado 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.

Así mismo, se deberá establecer si en el numeral primero del fallo apelado se emitió una orden en contra del Ministerio de Salud y Protección Social, y de ser así, si lo ordenado corresponde a sus funciones.

III.3. Marco Jurídico y Jurisprudencial

III.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 *ibidem* se estableció como característica del SGRL la obligación de los empleadores de afiliar a los trabajadores e instauro 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 *ejusdem* establece que todos los trabajadores que sufran un accidente de trabajo o una enfermedad laboral tendrán derecho 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 tienen 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.

¹ Artículo 1º

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 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 insiste en 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 a trabajadores subordinados, en términos de realización del derecho a la igualdad.

² Artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo.

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

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 la 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 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 exista 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 afiliarse 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 tenga la capacidad de afectar la salud física o psíquica 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

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.”*

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 ajena 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 cubiertas 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.

III.3.2. Situación del personal médico a partir de la declaratoria de Estado de Emergencia

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

5 Op. Cit. 3

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

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 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, tal como corresponde a la calidad que actualmente ostento, y en su artículo tercero se 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 en 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 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

7

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

Decreto 488 "Por el cual se dictan medidas de orden laboral, dentro del Estado de Emergencia Económica", en cuyo artículo 5° dispuso lo siguiente:

"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 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 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 (fls. 208 – 213).

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."

Aunado a lo anterior, se rememora que el artículo 18 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 instituyó el respeto a la dignidad de los profesionales y trabajadores de la salud en los términos que a continuación se citan:

"Los trabajadores, y en general el talento humano en salud, estarán amparados por condiciones laborales justas y dignas, con estabilidad y facilidades para incrementar sus conocimientos, de acuerdo con las necesidades institucionales."

La Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad del proyecto de ley que posteriormente sería sancionado como Ley 1751 de 2015, en Sentencia C-313 de 29 de mayo de 2014, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo señaló que el artículo citado en precedencia se ajusta a los postulados superiores en que debe fundarse, para lo cual ilustró:

"En lo que atañe a su contenido, la norma consagra el respeto a los profesionales y trabajadores de la salud, quienes deben laborar bajo condiciones justas y dignas, tal como lo dispone el Texto Superior frente a todos los trabajadores de Colombia.

Adicionalmente, debe manifestarse por parte de esta Corte que el enunciado normativo se encuentra en consonancia con los artículos 1º, 2º, 25, 53 y 54 Superiores, toda vez que Colombia, al ser un Estado social de derecho, tiene la obligación de garantizar el respeto por la dignidad humana; el trabajo debe gozar de especial protección; se debe garantizar la estabilidad en el empleo, un pago oportuno de la remuneración, al igual que es una obligación del Estado y los empleadores brindar formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran.

Asimismo, la disposición es respetuosa con la jurisprudencia constitucional en la materia, pues esta Corporación, en múltiples pronunciamientos, ha sostenido que el derecho al

trabajo en condiciones dignas y justas se traduce en una labor que no implica cargas que vayan más allá de lo que puede soportar quien las desempeña y que, por tanto, hagan su existencia indigna.

De una interpretación del enunciado normativo conforme al Texto Superior, se tendría que **el trabajador no puede verse expuesto a arriesgar su integridad física, su salud, ni su vida en condiciones dignas, ni verse sometido a padecer dolores, ni incomodidades excesivas, ni a arriesgar el funcionamiento de su organismo.**

De igual manera, cabe mencionar que, indudablemente, la falta de capacitación, los bajos salarios, la tardanza en el pago y la insuficiencia de personal idóneo, son factores que van en detrimento de la prestación de un servicio de salud de calidad, pues, tal como lo señaló la OMS en el ya citado informe sobre la salud en el mundo 2006 "Colaboremos por la salud", producto de una evaluación realizada por expertos acerca de la crisis de personal sanitario por la que se atraviesa a nivel universal, **se puede recurrir a diversos instrumentos en aras de conseguir un mejor desempeño, tanto a nivel individual como respecto del conjunto del personal médico, tales como: i) elaborar las descripciones claras de los puestos de trabajo, ii) normas de apoyo y códigos deontológicos, iii) adecuar las aptitudes a las tareas, iv) llevar a cabo una supervisión que brinde apoyo, v) garantizar una remuneración adecuada, vi) garantizar una información y una comunicación suficientes, vii) mejorar las infraestructuras y los suministros, viii) fomentar el aprendizaje permanente, ix) establecer una gestión eficaz de los equipos y, x) combinar responsabilidad y rendición de cuentas. (...)**

Por las razones anteriormente expuestas, la Corte concluye que los postulados del artículo 18 no contradicen los postulados constitucionales, en cuanto aplican los mandatos de la Carta respecto de las condiciones dignas y justas en que deben laborar los profesionales y trabajadores de la salud. Por ende, al no suscitar reparo alguno, se declarará la exequibilidad de la disposición en su integridad." (negrilla fuera del texto original)

III.4. Caso concreto:

En la sentencia impugnada, consideró el a quo que ante el inminente riesgo al que se expone el accionante en desarrollo de su labor como Médico Especialista en Cardiología y en Medicina Interna, de manera coordinada la ARL que hace parte de POSITIVA Compañía de Seguros S.A.

y MOYA HERMANOS y CIA S. en C., deben suministrar los elementos de seguridad que requiere el señor Rafael Enrique Jiménez Molina.

La inconformidad de la ARL accionada radica en que i) eran los empleadores directos quienes debían asumir el suministro de elementos de seguridad al profesional de la salud, mientras que el papel de la ARL es únicamente de apoyo; ii) la periodicidad con que se ordenó la entrega de elementos de protección no concuerda con la responsabilidad limitada en cabeza de este tipo de entidades y iii) no se tuvo en cuenta que la ARL ha realizado entrega de algunos elementos de protección personal a la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja.

Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social solicitó se revoque el aparte donde se le exhorta a que, conjuntamente con la Superintendencia de Salud presenten propuestas tendientes a erradicar definitivamente la tercerización laboral en el sector salud.

Con el fin de desatar los problemas jurídicos planteados ut supra, al verificar el material probatorio aportado, se observa que:

- El señor Rafael Enrique Jiménez Molina, en su calidad de contratista de la empresa MOYA HERMANOS y CIA, se encuentra registrado en la ARL de Positiva Compañía de Seguros S.A., como independiente, con fecha fin contrato el 23 de agosto de 2008, clasificado con riesgo 3 (fl. 40).

- Por medio de oficio No. VPYP-15000-24042020, el Gerente de Administración del Riesgo de Positiva Compañía de Seguros S.A., presuntamente remitió elementos de seguridad con destino a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, el texto del oficio es el siguiente (fls. 142 – 143):

"Teniendo en cuenta la situación actual del País, frente a la pandemia generada por el COVID-19, en virtud del cual se decreta el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, se expide el Decreto Legislativo 500 del 31 de marzo de 2020 del Ministerio del Trabajo, normatividad en la que se faculta a las Administradoras de Riesgos Laborales a apoyar a los Empleadores y Empresas Afiliadas que se encuentren expuestas directamente al riesgo de COVID-19 mediante la provisión parcial de algunos elementos de protección personal,

como una medida contingente de promoción, prevención y asunción de crisis, procederemos a dar cumplimiento y a realizar entrega de los siguientes elementos de protección personal para ser distribuidos a sus colaboradores expuestos: (...)

Es de resaltar el llamado que nos hace el Gobierno Nacional en la circular 029, en cuanto a la responsabilidad de los empleadores frente al cuidado de la salud de los trabajadores, aclarando, que el apoyo brindado por las Administradoras de Riesgos Laborales es una medida contingente y no los exime de la responsabilidad de proporcionar los elementos de protección personal y realizar las actividades en seguridad y salud en el trabajo de conformidad con las legislación vigente, entre ellas Decreto 1072 de 2015 y el Artículo 176 de la Resolución 2400 de 1979.

Entre los elementos suministrados se encuentran i) 1 kit de cuidado crítico UCI, que consta de 2000 mascarillas quirúrgicas, 300 respiradores N95 sin válvula, 1500 pares de guantes no estériles, 400 pares de guantes estériles, 20 caretas de protección; ii) 1 kit hospitalario, que consta de 1000 mascarillas quirúrgicas, 175 respiradores N95 sin válvula, 1000 pares de guantes no estériles, 70 pares de guantes estériles, 9 caretas de protección; y 1 kit contacto (aseo, alimentos y vigilancia IPS) que contiene 300 mascarillas quirúrgicas, 600 pares de guantes no estériles y 150 unidades de gel alcohol isotrópico por 120 ml.

- Según lo certificó el Representante legal de MOYA HERMANOS y CIA S en C., el señor Rafael Enrique Jiménez Molina hace parte del contrato que esta persona jurídica tiene con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja en el servicio de cardiología para prestar sus servicios como médico especialista en cardiología adulto, de acuerdo con el contrato de prestación de servicios No. 041 suscrito entre el accionante y la referida sociedad, cuya vigencia comprende del 24 de marzo de 2020 al 23 de agosto de 2020 (fl. 156).

En relación con el tema de seguridad social y elementos de protección personal, MOYA HERMANOS y CIA S en C., precisó:

"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. Estipulado en la DECIMA CUARTA.- AFILIACIONES AL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL: El CONTRATISTA se obliga a dar estricto cumplimiento a las obligaciones de afiliación y cotización al sistema general de seguridad social

integral conforme lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, Decreto 806 de 1998, Decreto 1703 de 2002, Ley 797 de 2003 y Decreto 510 de 2003. Para tal fin, 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.

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. Además de estos elementos de protección personal que entrega el hospital para el ejercer diario el servicio de cardiología MOYA HERMANOS tiene entre su inventario permanente tapabocas, batas desechables, guantes y monogafas, además del lavamanos quirúrgico para el uso permanente por los trabajadores y contratistas.”

- De acuerdo con lo consignado en formato de Asopagos S.A. sobre la planilla diligenciada por el señor Rafael Enrique Jiménez Molina para abril de 2020, se observa que por concepto de riesgos laborales, el accionante canceló a POSITIVA S.A. \$126.000, sobre un ingreso base de cotización de \$5'200.000 (fl. 157).

- En respuesta al requerimiento efectuado por el juzgado de primera instancia, POSITIVA Compañía de Seguros S.A. informó el 6 de mayo de 2020 que en cumplimiento a la orden impartida por ese despacho como medida provisional, dispuso la entrega de 10 mascarillas quirúrgicas, 5 respiradores N95 sin válvula, 1 careta de protección, 5 pares de guantes estériles talla 7.0, 10 pares de guantes no estériles talla S y 1 cartilla educativa sobre el uso de EPP. Que estos elementos serían entregados el 7 de mayo de 2020, por lo que actualmente no se tiene certeza de su recibo por parte del actor (fl. 216).

De lo anterior resulta claro que, derivado de la práctica de la tercerización laboral, el señor Rafael Enrique Jiménez Molina, en su calidad de profesional de la salud, no mantiene una relación laboral directa con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, 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., lo que implica que del valor del contrato el accionante destina un porcentaje para cotización al Sistema General de Riesgos Laborales, específicamente a la ARL de POSITIVA Compañía de Seguros.

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 se encuentra en el 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 la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja en su informe, confirmó que presta servicios especializados en cardiología.

No obstante, para la Sala es claro que a pesar que no exista una relación laboral o contractual directa entre el accionante (como persona natural), y la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, sí existe una **responsabilidad solidaria ineludible frente al tema de suministro de equipos y elementos de protección personal** del "subcontratista", que se genera en virtud del contrato celebrado entre la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Moya Hermanos y CIA. S. en C., 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 son propias y misionales del objeto social de esta institución de salud que finalmente se beneficia de los servicios prestados por el médico cardiólogo.

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. CIERTO pues según certificaciones adjuntas a la presente contestación el doctor RAFAEL ENRIQUE JIMENEZ MOLINA no tiene vínculo laboral alguno con nuestra institución, sin embargo, su especialidad en cardiología 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". (fl. 131, E.D.)

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 3 de abril de 2020 señaló específicamente que: **"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).

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 del contrato por él suscrito con la Sociedad Moya Hermanos y CIA S en C., además del informe allegado por la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja, se confirmó que presta allí servicios especializados en cardiología.

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

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

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, Moya Hermanos y CIA S en C., quienes a su vez deben coordinar y concertar con su contratante, E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja.

Lo antes indicado, teniendo en cuenta que Moya Hermanos y CIA. S. en C., en el fondo, es una "empresa" 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 de esa manea evitan obligarse a pagarle a estos profesionales sus prestaciones sociales, y que ahora, además pretenden que sean dichos profesionales quienes asuman los gastos de prestación de dichos servicios. Lo expresado antes no desconoce que eventualmente los médicos especialistas se asocian o constituyen empresas para prestar sus servicios de manera independiente o asociada.

La situación previamente descrita puede conllevar 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, sin asumir los riesgos de la prestación del servicio.

De esta manera, ante el vertiginoso aumento de casos de contagio del coronavirus COVID-19 en el 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 realmente con los servicios de este personal, y las administradoras de riesgos laborales en aras de ejecutar las labores de prevención del contagio del personal directamente expuesto al referido virus.

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 o esperar 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 prevención⁹, 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.

Esto 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 a su vez se convierten en potenciales transmisores del virus a sus pacientes, y ello puede dar lugar a demandas de responsabilidad contractual y extracontractual que, en la práctica, resultan bastante onerosas para los prestadores 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.

⁹ 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”.

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 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 toques 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 de protección necesarios.

En conclusión, lo dispuesto por el *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 el representante legal de la sociedad Moya Hermanos y CIA S en C, 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 también deberán ser concertadas y coordinadas con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja.

Finalmente, y de cara a abordar todas las inconformidades planteadas por ARL POSITIVA Compañía de Seguros, de los elementos presuntamente suministrados por la ARL a la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja, no hay prueba que alguno de ellos haya sido entregado al accionante, toda vez que estos elementos van dirigidos a todo el personal, mientras que no se observa acta o algún otro documento que acredite que el señor Rafael Enrique Jiménez Molina los recibió.

De esta forma, los cargos propuestos por la ARL POSITIVA Compañía de Seguros S.A. contra la sentencia impugnada no prosperan.

Por otra parte, en cuanto a la inconformidad planteada por el Ministerio de Salud y Protección Social, por haberle exhortado para que, junto con la Superintendencia de Salud presenten propuestas tendientes a erradicar la tercerización laboral del sector salud, se debe precisar, que los artículos 23 y 24 del Decreto 2591 de 1991 contemplan 2 formas de amparar los derechos que se consideran vulnerados, esto es, la protección del derecho tutelado y la prevención a la autoridad, como se revisa a continuación:

ARTICULO 23. PROTECCION DEL DERECHO TUTELADO. Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible.

Quando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular u lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto.

ARTICULO 24. PREVENCION A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al

solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido.

El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.

Se observa entonces que en el inciso primero del ordinal primero de la sentencia de 8 de mayo de 2020, se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de, entre otros, el Ministerio de Salud y Protección Social, lo cual quiere decir, que no se encontró que esta cartera hubiera incurrido en alguna acción u omisión que derivara en la vulneración de los derechos invocados por el actor.

Verificado el texto plasmado en el inciso segundo del mismo ordinal, allí se exhortó al Ministerio para que, en conjunto con la Superintendencia de Salud presentaran propuestas para erradicar la tercerización laboral en el sector salud, lo cual no encaja en alguno de los presupuestos legales antes citados.

En aras de hacer claridad sobre este punto, al acudir al tenor literal de la palabra exhortar, ésta es definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como incitar a alguien a que haga o deje de hacer algo.

La Sección Primera del Consejo de Estado en providencia de 5 de julio de 2007, expediente 25000-23-24-000-2003-00238-01(AP), con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, explicó el alcance de las expresiones "conminar" y "exhortar" como sigue:

*Pese a las eventuales o sutiles diferencias gramaticales que pueda haber entre CONMINACIÓN y EXHORTACIÓN debe dejarse anotado que una conminación, exhortación, prevención, u otro mandato similar **no es simplemente una enunciación con mero carácter retórico sino una orden vinculante de obligatorio cumplimiento cuya inobservancia puede ser incluso calificada como desacato y sancionada**, previo trámite incidental, según lo previsto en el artículo 41 de la Ley 472 de 1998 para el caso de las acciones populares.*

Entonces, pese a encontrar que efectivamente en la parte motiva del fallo se dispone conminar al Supermercado CAFAM Nuevo Kennedy para que instale rociadores automáticos, y en la parte resolutive se le exhorta a ello, no hay lugar a efectuar la aclaración pedida porque no existe confusión alguna pues los conceptos conminación y exhortación no ofrecen confusión al punto que finalísticamente, como se dejó dicho, ambos conllevan una orden vinculante de obligatorio cumplimiento, y menos aún la utilización de uno de ellos torna dudoso o inefectivo el mandato contenido en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia.

Lo plasmado por el *a quo* alude a una preocupación que genera el fenómeno de la tercerización laboral, especialmente en el sector salud, donde se pretende dejar al profesional de la salud en un limbo donde contratante, beneficiario del servicio y ARL se trazan en un conflicto negativo de competencias para el reconocimiento de prestaciones derivadas de enfermedades profesionales y para el suministro de elementos de seguridad.

No obstante lo anterior, se presentó una contradicción entre las decisiones adoptadas en el fallo de primera instancia, por cuanto, de una parte, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y Protección Social, y por el otro la exhortó a adelantar trámites en relación con un tema que, no se desconoce su ocurrencia y reproche, pero de allí no parte la vulneración a los derechos fundamentales del actor que se encontró probada.

En consecuencia, no correspondía en este caso asignar carga alguna a la citada cartera, y esto conlleva a que prosperen los argumentos expuestos en su impugnación referidos a este asunto.

Con base en lo expuesto, una vez analizadas las inconformidades formuladas por las entidades impugnantes, y en vista de su no prosperidad en los aspectos restantes, 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 el ordinal primero de la sentencia proferida el 8 de mayo de 2020 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, el cual quedará así:

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

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia impugnada, el cual quedará como sigue:

"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 el representante legal de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y con el representante legal de MOYA HERMANOS CIA S EN C, 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 antilíquido.*
- *Mascarilla de alta eficiencia (Tipo N95 o FFP2).*
- *Vestido quirúrgico debajo de la bata que se retira al final del turno.*
- *Gorro."*

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia proferida el 8 de mayo de 2020 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, por lo expuesto anteriormente.

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