



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

SENTENCIA No. 006

Santiago de Cali, seis (6) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Corresponde al despacho proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela incoada en nombre propio por el señor Jaminton Viveros Portocarrero en contra de Positiva ARL e INCAUCA COSECHA S.A.S., trámite al que fue vinculada en calidad de accionada Servicio Occidental de Salud S.O.S E.P.S.

I. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS

Señaló el actor que es trabajador de la empresa INCAUCA COSECHA S.A.S. desde hace más de 20 años como cortero de caña.

Relata que desde el 20 de noviembre de 2017 se le practicó cirugía de su hombro derecho ante el diagnóstico de "*traumatismo del tendón del manguito rotatorio de hombro derecho*", siendo incapacitado desde esa fecha al momento actual.

Agrega que presentó petición ante su empleador Incauca Cosecha S.A.S. a través del cual solicitó el reajuste del subsidio de las incapacidades ya canceladas, toda vez que a su juicio le fueron pagadas como enfermedad común siendo éstas de origen laboral, ante lo cual fue informado que las incapacidades fueron radicadas en Positiva ARL y que a la fecha se encuentran en trámite sin haber sido canceladas a la empresa accionada.

Finalmente indica que Incauca Cosecha S.A.S. ha omitido el pago del subsidio de sus incapacidades como es debido, dejándole sin pago y ocasionándole al actor y a su familia perjuicios toda vez que el señor Viveros Portocarrero es la única persona que aporta para el sustento de su núcleo familiar y la misión endilgada lesiona su derecho fundamental a la seguridad social, debido proceso y al mínimo vital.

1.2. PRETENSIONES

Se pretende por este medio la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y debido proceso y que en consecuencia se ordene

el pago del reajuste de las incapacidades a partir del día 20 de septiembre de 2017 hasta que termine su proceso de rehabilitación y sea reintegrado laboralmente, atendiendo el origen de su enfermedad como laboral, igualmente se exhorte a las accionadas para que en lo sucesivo no se incurran en los mismos hechos que dieron origen a la vulneración de los derechos reclamados.

II. TRÁMITE PROCESAL

Al reunir los requisitos previstos en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, la solicitud de tutela fue admitida por medio del Auto Interlocutorio N° 23 de 25 de enero de 2018, concediéndosele a dichas entidades un término de 3 días para que se rindiera informe documentado sobre los hechos que motivan la acción, decisión que les fue notificada en debida forma¹.

III. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

INCAUCA COSECHA S.A.S.²

Indicó que lo manifestado por el accionante difiere de contexto real de lo sucedido, aclara que el señor Viveros Portocarrero ha presentado incapacidades desde el 20 de septiembre de 2017 todas debidamente canceladas al actor por cuenta de Incauca Cosecha S.A.S., pese a que POSITIVA ARL no ha hecho lo propio con la empresa en comento, discriminadas de la siguiente manera:

Fechas:	Valor pagado al actor:
A partir del 20 de septiembre de 2017 por 30 días.	\$1.509.205,00
A partir del 21 de octubre de 2017 por 6 días.	\$301.840,00
A partir del 28 de octubre de 2017 por 23 días.	\$1.157.053,00
A partir del 20 de noviembre de 2017 por 30 días.	\$1.509.200,00
A partir del 20 de diciembre de 2017 por 30 días.	\$1.517.000,00
A partir del 19 de enero de 2017 por 30 días.	\$1.517.000,00

Manifiesta también que la ARL POSITIVA reconoció las incapacidades de origen laboral del 20 de septiembre de 2017 al 18 de enero de 2018, empero la correspondiente al periodo del 19 de enero por 30 días fue objetada por dicha administradora, no siendo aprobada por auditoria médica tras argumentar que las secuelas no se encuentran relacionadas con el evento profesional y por tanto su pago no corresponde a la ARL, incapacidad última que no obstante haber sido objetada fue cancelada al actor por parte de la empresa Incauca Cosecha S.A.S.

Expresa respecto de la incapacidad pagada al actor como enfermedad general que ésta fue reajustada tal como se evidencia del comprobante de pago del 11 al 17 de diciembre de 2017; frente a la otorgada el 21 de octubre de 2017 señala que pese a que el actor la presentó de manera extemporánea Incauca Cosecha S.A.S. se la canceló en su integridad y así de este modo pagó una suma total de

¹ Folios 14 a 21 y 24/25
² Folios 26 a 30

\$8.285.698, ante lo cual concluye que nada adeuda al señor Viveros por concepto de reajuste.

Detalla que la normatividad establece que las incapacidades por accidente de trabajo serán pagadas con el IBC del mes anterior a la fecha de incapacidad, y precisa entonces como le fueron canceladas dichas incapacidades al actor, así:

Incapacidad:	IBC mes anterior reportado a la ARL
Del 20 de septiembre de 2017	\$2.263.800,00 (30 días)
Del 21 de octubre de 2017	\$1.097.600,00 (19 días)
Del 20 de noviembre de 2017	\$270.497,00 (11 días)
Del 20 de diciembre de 2017	\$270.497,00 (11 días)
Del 19 de enero de 2017	\$270.497,00 (11 días)

Para concluir que el total a pagar por incapacidades al actor por accidente de trabajo es de **\$6.210.060** empero lo pagado al señor Viveros Portocarrero ascendió a la suma de **\$8.285.698**, de donde resalta la accionada que al trabajador se le pagó un excedente y adeuda a favor de la empresa un valor de **\$2.075.638,00**.

Manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones del accionante en su contra, toda vez que las mismas no tienen fundamento alguno ya que ha obrado de buena fe y en su calidad de empleadora canceló al accionante las incapacidades presentadas, pese a que su pago correspondiera a la ARL, de ahí que afirme que la tutela en su contra se torna en improcedente.

Finalmente precisa que para el actor existen otros mecanismos de defensa judicial para ventilar el asunto objeto de tutela conforme lo establece el Código de Procedimiento Laboral; frente a la reclamación constitucional invocada refiere que no se ha vulnerado derecho alguno al actor como tampoco se acreditó para él la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la concesión de la acción de tutela.

POSITIVA ARL Y EL SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S. E.P.S.

Notificadas, guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES

5.1. PRESUPUESTOS PROCESALES. Los requisitos indispensables para la válida conformación de la relación jurídica procesal deben ser motivo de estudio antes de centrarse en el fondo del presente asunto litigioso.

Respecto de la competencia no existe reparo alguno, toda vez que este Despacho es competente para resolver sobre la protección constitucional solicitada, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y el párrafo 2° del numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 y el Decreto 1983 de 2017.

La capacidad para ser parte, para obrar procesalmente, se manifiestan ostensiblemente en el caso de autos, tanto en el accionante quien se encuentra facultado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, así como por las accionadas quienes son entidades tanto de derecho público como privado, con personería jurídica y pueden comparecer al proceso.

Con relación a la solicitud, se atempera a los requisitos legales.

5.2. NORMAS LEGALES APLICABLES. Los derechos objeto de protección en el presente asunto se encuentran regulados entre otros, en los artículos 13, 29, 48 y 53 de la Constitución Política.

5.3. EL PROBLEMA PLANTEADO. De acuerdo con los hechos fundamento de la solicitud de tutela corresponde a este despacho dar respuesta al interrogante, a saber:

¿Se encuentra probada la vulneración de los derechos fundamentales del accionante a la seguridad social, mínimo vital y debido proceso y en consecuencia hay lugar a ordenar el pago del reajuste de las incapacidades pretendidas con cargo a las entidades accionadas?

5.4. FUNDAMENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La Corte Constitucional en sentencia T – 729 del 19 de septiembre de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada, sobre el tema señaló:

“La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente:

*“La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.
Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...).”*

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por las Naciones Unidas en 1966, aprobado en Colombia mediante Ley 74 de 1968 y ratificado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 1969 afirma que:

“Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por Ley 319 de 1996 prescribe:

“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que les permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral.

5.4.2. DERECHO AL MÍNIMO VITAL

Frente a este derecho la Corte Constitucional ha indicado que es *“el que tienen todas las personas a vivir bajo unas condiciones básicas o elementales que garanticen un mínimo de subsistencia digna (..)³”*, derecho que también ha indicado no puede ser evaluado desde un punto cuantitativo sino también cualitativo, es decir, su evaluación y aplicación no es general sino que se debe adecuar al caso en concreto, verificándose *“el nivel de vida”* de quien depreca su amparo, lo que constituyen para aquel sus necesidades básicas y si su insatisfacción detenta contra el derecho a la dignidad humana (*Consúltese la Sentencia T-581 A del 25 de julio de 2011 M.P: Mauricio González Cuervo*).

En efecto, la Alta Corporación en materia constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues *“constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”⁴*.

5.4.3. DERECHO AL DEBIDO PROCESO⁵

El debido proceso es un derecho fundamental que tiene una aplicación concreta no sólo en las actuaciones judiciales sino también en las administrativas. La garantía fundamental del debido proceso se aplica a toda actuación administrativa desde la etapa de inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación, y su contenido debe asegurarse a todos los sujetos. En este sentido, la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos. De esta manera, se delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa. Ahora bien, en los casos en los que la actuación de las autoridades respectivas carezcan de fundamento objetivo y sus decisiones sean el producto de una actitud arbitraria y caprichosa que traiga como consecuencia la vulneración de

³ Ver entre muchas, sentencias SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1735 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-054 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-552 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴ Sentencia T-184 de 2009.

⁵ Sentencia T-1082/12

derechos fundamentales de las personas, nos encontramos frente a lo que se ha denominado como vía de hecho, y para superarla es procedente excepcionalmente la acción de tutela.

VI. DESARROLLO DEL PROBLEMA.

6.1. PRUEBAS.

Se aportaron los siguientes medios de pruebas:

6.1.1. Copia parcial del historial clínico No. 76242636 del actor proveniente del Centro Especializado en Fracturas y Lesiones Deportivas de fecha 9 de diciembre de 2016 con diagnóstico de *"tendinosis del manguito derecho"*. (folios 1 y 2)

6.1.2. Copia de petición radicado por el accionante el día 20 de noviembre de 2017 en la empresa Incauca Cosecha S.A.S. (folios 3 y 4).

6.1.3. Copia de la respuesta dada por Incauca Cosecha S.A.S. al señor Viveros Portocarrero de fecha 5 de diciembre de 2017 junto con un anexo a través de la cual le manifestó que *"la empresa realizó la radicación de las incapacidades en la ARL POSITIVA y de acuerdo a correo que se anexa las mismas aún están en trámite, es decir, que todavía no han sido pagadas a la empresa"* (folios 5 a 6).

6.1.4. Copia del documento de identidad del actor (folio 7).

6.1.5. Copia del certificado de existencia y representación de la sociedad Incauca Cosecha S.A.S. (fls. 31 a 35)

6.1.6. Copia del contrato de trabajo suscrito entre el señor Jaminton Viveros Portocarrero y la empresa Incauca Cosecha S.A.S. de fecha 6 de diciembre de 2011 (fl. 36)

6.1.7. Planillas de certificados de aportes al sistema de seguridad social del accionante (folios 37 a 48)

6.1.5. Copia de desprendibles de nómina del actor para los meses de septiembre/17, octubre/17, noviembre/17, diciembre/17 y enero/18 (folios 49 a 53).

6.1.6. Copia de oficio dirigido a la empresa Incauca Cosecha S.A.S. por parte de la ARL Positiva informándole que *"evaluamos cuidadosamente su solicitud de reclamación de incapacidad temporal con fecha de inicio 19/01/2018 por 30 días y le informamos que no fueron aprobadas en Auditoría Médica por la (s) siguiente (s) razón (es): Secuelas no relacionadas con el evento profesional – no procede trámite por la Arl...."* (folio 54)

Ante la no respuesta por parte de la accionada Positiva ARL y la EPS Servicio Occidental de Salud, se deberá dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, en lo que a ellas respecta.

6.2. CASO EN CONCRETO

6.2.1. DE LAS INCAPACIDADES RECONOCIDAS Y NO PAGADAS.

Teniendo en cuenta las pruebas aportadas y lo manifestado por el actor y la empresa empleadora del actor INCAUCA COSECHA S.A.S., tenemos por cierto que el actor fue incapacitado desde el 20 de septiembre de 2017 al periodo del 19 de enero de 2018, esta última fecha donde se le otorgaron 30 días de incapacidad; incapacidades estas que han sido canceladas por su empleador, sin embargo existe inconformidad en cuanto al monto pagado así:

El accionante aduce que ha habido error en su pago pues las mismas le han sido canceladas como incapacidad por enfermedad general o común siendo su origen "*laboral*" y que el reclamo constitucional obedece solo a esa diferencia que a su juicio se le adeuda, en tanto la sociedad accionada insiste en que los pagos se realizaron al accionante con todas las prerrogativas de ley y los reajustes necesarios, incluso pregona el habersele cancelado de más al accionante, a pesar que la ARL no le ha efectuado el reintegro debido de tales pagos.

En este orden de ideas, el Despacho debe determinar la viabilidad de ordenar el pago del reajuste, producto éste de la diferencia a reconocer entre la incapacidad de origen "*laboral*" y aquella de origen "*común*", que a criterio del actor se le adeuda por parte de las entidades accionadas.

Frente a lo aquí pretendido, deben hacerse algunas acotaciones en cuanto a la procedencia excepcional de la acción tutela en casos de cobro de incapacidades.

La Corte Constitucional⁶ ha sido reiterativa en considerar que la acción de tutela de manera excepcional, resulta procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas bajo el entendido de que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa frente al pago de las mismas puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional.

En cuanto al pago de prestaciones sociales por esta vía se ha dicho por la H. Corte Constitucional⁷ que no es procedente ordenar vía tutela pago alguno por concepto de acreencias laborales, pues quien exija su pago cuenta con los mecanismos judiciales ordinarios para obtener el mismo; excepcionalmente se podrá acceder a este tipo de peticiones siempre y cuando en el plenario esté debidamente acreditado la ocurrencia de un perjuicio irremediable en el evento que no se acceda o se vea afectado el derecho fundamental al mínimo vital.

Tenemos entonces que el accionante ha sido claro al afirmar que las incapacidades a él reconocidas le han sido canceladas, difiere es en el monto o

⁶ Ver entre otras Sentencia T-643 de 2014.

⁷ Ver Sentencia T 157 -14 del 14 de marzo de 2014, expediente T 4138084, Magistrada Ponente Maria Victoria Calle Correa.

diferencia dineraria que predica no le ha sido reajustada al catalogarse su enfermedad como "laboral" pero a su juicio su empleador le canceló éstas bajo el rotulo de "enfermedad común", de ahí que su queja descansa en aquella diferencia entre uno u otro origen, ahora, tales afirmaciones del actor solo descansan sobre sus dichos, pues frente al cuestionamiento planteado poco o nada aportó probatoriamente; debiendo el Despacho dejar constancia que se intentó comunicar con el actor en varias oportunidades a los números telefónicos consignados en el escrito de tutela y en el que figura en las pruebas documentales allegadas con miras a que aportara medios de prueba que respaldaran sus aseveraciones, lo cual no se pudo realizar⁸.

Por su parte el empleador Incauca Cosechas S.A.S. ha sido reiterativo al afirmar que las incapacidades efectivamente le fueron y le son canceladas al actor de su propio peculio pese a que la ARL Positiva no ha procedido a pagarle las mismas, incluso canceló la última que fue objetada por la ARL al no considerarla de origen laboral, por tanto su actuar es conforme a derecho.

Frente a todo lo antes expuesto considera esta Juzgadora que si bien el actor se duele del no pago de una diferencia salarial por los motivos que aduce, es importante reiterar que el señor Jaminton Viveros Portocarrero durante los meses en que se ha acreditado su incapacidad percibió los valores detallados en los comprobantes de nómina que para tal efecto aportó la sociedad demandada y que viene a corroborar lo dicho por el accionante en su escrito de tutela cuando refiere haber recibido el pago de incapacidades ya memorado; así mismo debe indicarse que el actor no desplegó ninguna actividad probatoria que conllevara a determinar que en efecto lo pagado no era lo adeudado y que esa diferencia adeudada fuera en contravía de su mínimo vital, téngase en cuenta que pese al requerimiento efectuado por el Despacho, no allegó las pruebas de la incapacidades otorgadas, de la historia clínica que las respaldara, falencias probatorias ante las cuales, no puede tener certeza el Despacho de que en efecto haya vulneración de algún derecho fundamental.

Debemos aquí recordar que la acción de tutela en estos casos solo procede de forma excepcional cuando se evidencia un perjuicio irremediable, pues para analizar lo referente a diferencias en el pago de acreencias laborales o incapacidades la ley ha establecido el proceso ordinario que, en casos como el que nos ocupa, adelanta la jurisdicción ordinaria laboral.

Es importante señalar que no advierte esta instancia judicial, conforme lo expuesto en el escrito de tutela y las pruebas allegadas al plenario, que exista una grave afectación a los derechos invocados por el actor en el sub lite, no acredita encontrarse inmerso en alguna circunstancia especial de protección de la cual surja incuestionablemente hacerlo merecedor del amparo de tutela por vía de excepción; si bien en la actualidad dada su condición de salud que le ha generado una incapacidad es una persona de especial protección, no es menos cierto que su mínimo vital se encuentra protegido, pues como él mismo lo dijo en su escrito

⁸ Ver constancia obrante a folio 55

ha venido percibiendo a la fecha y mes a mes desde el 20 de septiembre de 2017 el pago de las incapacidades aludidas; además el accionante en la actualidad cuenta con 47 años de edad, no es entonces una persona de la tercera edad, ni se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable el amparo constitucional deprecado.

Entonces, como la controversia planteada por el actor versa sobre la diferencia económica descrita en líneas anteriores -reajuste en el pago de las incapacidades-, tenemos que el accionante puede incoar la acción judicial correspondiente para ventilar sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria – especialidad laboral y seguridad social, sin que existan en el plenario circunstancias que indiquen que dicho mecanismo no es eficaz en el presente asunto, como tampoco se expusieron circunstancias fácticas excepcionales y/o especiales que hagan considerar urgente e indispensable la intervención del juez constitucional con el fin de proteger derecho fundamental alguno en cabeza del accionante.

Debe recordarse que este especial mecanismo de protección constitucional está instituido con el fin de amparar de manera urgente y efectiva a quien considere que uno de sus derechos fundamentales se encuentra en inminente peligro, pero bajo ninguna circunstancia está llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales que el ordenamiento jurídico tiene previstos para su protección.

En conclusión, como lo pretendido por el accionante es el reconocimiento y pago del reajuste económico en el pago de sus incapacidades, se itera, en el presente asunto no se cumplen los requisitos para la procedencia excepcional de la acción de tutela frente al pago de incapacidades tal como se indicó en líneas precedentes, y ello implica que la misma debe ser rechazada por improcedente.

En mérito de todo lo anteriormente expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. RECHAZAR por improcedente la acción de tutela incoada por el señor Jaminton Viveros Portocarrero, en atención a los argumentos expuestos en el cuerpo de esta providencia.

SEGUNDO. Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. ENVIAR la presente actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si NO fuere impugnada, tal como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ZULAY CAMACHO CALERO
JUEZ