

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Juzgado Quinto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá

Ref.: 2020-00481-00 ASUNTO: FALLO DE TUTELA

Bogotá D.C. cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Expediente N° 11001-41-89-005-2020-00481-00

REF: ACCIÓN DE TUTELA de LUIS ORLANDO GOMEZ GARZON contra ARL POSITIVA

Como quiera que el trámite propio de la instancia se encuentra agotado, procede el Despacho, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, a resolver la acción de tutela de la referencia. Dicha tarea se acometerá con base en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

1.1 Aspectos fácticos

Se trasladan en los siguientes términos:

1. Desde el 13 de enero de 2014, trabajo con el señor LEONARDO GELVEZ GELVEZ.
 2. Me desempeñaba como piquero, dedicándome a la extracción de mineral.
 3. Un mes después de estar laborando con el señor LEONARDO GELVEZ GELVEZ, sufrí un accidente de trabajo, esto es el 14 de febrero de 2014.
 4. Desde el momento en que me accidenté, empecé a presentar incapacidades de forma continua
 5. Mediante calificación de la Junta Nacional de calificación de Invalidez, fui calificado con una Pérdida de Capacidad laboral de 13.3% por el diagnóstico de OTROS TRANSTORNOS DE LOS MENISCOS.
 6. Las patologías que presento son las siguientes: TRANSTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATÍA, LUMBAGO NO ESPECIFICADO, OTROS TRANSTORNOS INTERNOS DE RODILLA, CERVICALGIA, FLEBITIS DE MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO.
 7. La mayoría de las patologías que padezco no han sido calificadas.
 8. Fui reubicado en la compañía del señor GELVES en el departamento de Santander, sin embargo he presentado varias incapacidades.
 9. Desde el mes de marzo de 2020, empezaron unos dolores muy fuertes en la espalda, me realicé una resonancia magnética.
 10. Según mi Historia clínica la cual aporte a este despacho, en dicha RMN se evidencia: "radiculopatía Lumbar L5 S1 con hernia Posterolateral y parcialmente foraminal que comprime el saco dural y desplaza las raíces de S1 L5 derecha en el receso lateral".
 11. Los dolores lumbares son muy fuertes, desde marzo de 2020 no he podido asentar muy bien el pie derecho, ya que siento dolor en toda la pierna.
 12. Además siento que he perdido las fuerzas en ambas piernas.
 13. Desde el momento en que fui atendido en el Hospital mi diagnóstico ha sido M480 ESTRECHES ESPINAL, catalogada como enfermedad profesional como lo dice en la Historia Clínica, ya que tales dolores han sido adquiridos en mi ejercicio como minero y tengo antecedentes de enfermedad lumbar.
 14. He presentado las siguientes incapacidades
- INICIO DE INCAPACIDAD FIN DE LA INCAPACIDAD
15 - 05 - 2020 22 - 05 - 2020 06 - 06 - 2020 06 - 06 - 2020 06 - 07 - 2020 04 - 07 - 2020 05 - 08 - 2020 19 - 08 - 2020
15. Tengo una valoración pendiente para una cirugía de Columna ya que los dolores son desesperantes.
 16. A la fecha no he podido ir a trabajar mi dolor es crónico.
 17. Según la ARL POSITIVA, en respuesta a las solicitudes de pago de incapacidades realizadas por mi empleador ya terminé mi proceso de rehabilitación, según ellos se mostró una mejoría máxima.
 18. La mejoría de la que ellos hablan no la he experimentado, tanto así que es posible que me realicen una cirugía ya que las patologías de columna tienen a ser progresivas de acuerdo a lo dicho por los médicos.
 19. Hoy me encuentro sin pago de incapacidades pues la ARL POSITIVA se niega a pagar y la compañía para la que trabajo también que por que la ARL no realiza el reembolso.

1.2 Derechos Vulnerados

Haciendo uso del mecanismo señalado en el art. 86 de la Carta Política, solicita el accionante, el amparo de los derechos fundamentales a LA VIDA DIGNA, LA SEGURIDAD SOCIAL, LA IGUALDAD, INTEGRIDAD

URGENTE FALLO DE TUTELA 2020-00481-00

PERSONAL, MINIMO VITAL.

1.3. Pretensiones

En síntesis el accionante solicita que por medio de este mecanismo constitucional, le sean amparados los derechos precitados y se le ordene a la **ARL** accionada, el pago de las incapacidades comprendidas entre el 15 de mayo de 2020 en adelante.

1.4. Actuación Procesal

Tras disponerse el trámite de la acción correspondiente, mediante providencia del veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020), se admitió la presente acción de tutela, corriéndosele traslado de la misma a la accionada **ARL POSITIVA**. Así mismo se ordenó vincular a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – ADRES y SECRETARIA DE SALUD quienes hacen lo propio en el término concedido, pronunciamientos que se encuentran inmersos en la presente encuadernación.

En respuesta allegada por el Ministerio de Salud y Protección Social atendiendo la vinculación realizada por el Despacho responde enunciando que:

- **RESPECTO AL PAGO DE INCAPACIDAD:** Debe señalarse que el Decreto 2353 de 2015, "por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud", compilado en el Decreto 780 de 2016, trae la unificación de criterios acerca de licencias e incapacidad, derogando la normatividad anterior, por lo que en su artículo 2.1.13.4 prevé que:

"Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas.

No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones."

Así las cosas, se tiene que si no se había cotizado en la forma indicada en las normas citadas, un mínimo de un mes a la generación de la incapacidad en cuestión.

- Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, "la acción de tutela es improcedente para proteger derechos de rango legal, pues para obtener su protección, existen medios ordinarios de defensa judiciales. **En este sentido, la jurisprudencia Constitucional ha sido clara en indicar que la acción de tutela no está diseñada para declarar derechos litigiosos, menos aun cuando de éstos se predica su carácter legal o patrimonial.**"¹. (Negrita y subrayado fuera de texto)

Así pues, debe recordarse que si surge entre el cotizante y su EPS una controversia por el reconocimiento de incapacidades, la misma debe ser dirimida por la Superintendencia Nacional de Salud, dentro de las funciones jurisdiccionales que el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 le concediera para tal efecto.

Vale recordar en último lugar que las incapacidades han de ser reconocidas, ya sea por la Empresa Prestadora de Salud o por la Administradora de Riesgos Profesionales, según sea el caso.

Ha manifestado ya la Honorable Corte Constitucional, Sentencia T-786 de 2010 que:

"Como se advierte, el FOSYGA se crea como una subcuenta de compensación sobre la cual puede repetir las Entidades Prestadoras de Salud que asuman obligaciones que exceden las estipuladas contractual y legalmente. Por tanto, la posibilidad de recobro se encuentra supeditada a que las entidades obligadas a compensar estén en un escenario en el que la prestación requerida esté expresamente excluida del Plan Obligatorio de Salud.

8. En lo que respecta a las incapacidades laborales, estas se encuentran expresamente reconocidas por en el artículo 206 de la ley 100 de 1993 (supra 5), y de conformidad con lo establecido por los Decretos 1804 de 1999 y 783 de 2000, el reconocimiento de los prestaciones derivadas de incapacidad laboral es una obligación de carácter legal que recae sobre las Entidades Prestadoras de Salud, por cuyo reconocimiento y pago las EPS no se puede solicitar ningún tipo compensación o reembolso por parte del Fondo de Solidaridad y Garantía

No se puede considerar que cuando una EPS asume el pago de una incapacidad laboral, el equilibrio financiero del sistema se ve afectado, por cuanto los afiliados al régimen contributivo tienen derecho a recibir dentro del Plan Obligatorio de Salud el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general, y a su vez, las EPS tienen el deber legal de asumir dichas prestaciones."

- No es loable que el juez de tutela excluya a las EPS de la responsabilidad de cancelar las incapacidades pues es un deber legal de estas, como se ha dicho, y si se le cargara tal injustificada responsabilidad al ADRES se atentaría contra principios como el de Legalidad y Buena Fe en el Gasto Público, los cuales ha de tener cuenta en la decisión a proferir.
- Por lo expuesto, solicito se exonere al Ministerio de Salud y Protección Social – ADRES de todas las responsabilidades que se le endilgan dentro de la acción de tutela de la referencia.

De igual forma se pronuncia la Secretaria de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud, concordando en las afirmaciones del Ministerio de Salud y Protección Social, reiterando además que:

- Corresponde a la (sic) **ARL POSITIVA** la evaluación de los documentos aportados por el accionante para el pago de las incapacidades, ya que si bien el auxilio por incapacidad es reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las EPS a sus afiliados cotizantes no pensionados,

por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual, de conformidad con el literal b) del artículo 287 del Decreto 806 de 1998 expedido por el Presidente de la República, también es cierto que para su reconocimiento se requiere que el afiliado haya cotizado como mínimo durante cuatro (4) semanas anteriores a la fecha de causación del derecho de conformidad con el artículo 81 del Decreto 2353 de 2015.

- Así las cosas, es responsabilidad de la **ARL POSITIVA** el pago de las incapacidades, por lo cual solicito requerir a **ARL POSITIVA** para que demuestre el trámite efectuado para el reconocimiento de las incapacidades a la accionante y explique las razones por las cuales no ha procedido a reconocer y cancelar la incapacidad.
- Por lo anterior **ARL POSITIVA** deberá cancelar las incapacidades médicas del señor **LUIS ORLANDO GOMEZ GARZON**, teniendo en cuenta que se allano a la mora, ya que si no lo hubiera hecho la afiliación del accionante estaría SUPENDIDA justamente por mora en los aportes.

Pertinente resulta, entrar a analizar si efectivamente fueron vulnerados los derechos fundamentales invocados por la accionante.

1.5. Elementos de juicio

La accionante adjuntó a su escrito de tutela, los siguientes documentos:

- Anexos, cedula de ciudadanía, solicitud de pago de incapacidades y negaciones.
- Escrito de tutela (fols. 1 a 65).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Al tenor del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, resulta este Despacho competente para conocer de la presente acción de tutela, pues de conformidad con el inciso 3° del numeral 1° de dicha norma, las acciones de este linaje, interpuestas en contra de los particulares, son de conocimiento en primera instancia de los Jueces Municipales. La misma competencia es diferida en tratándose de solicitudes de amparo elevadas contra de entidades del orden municipal o distrital.

2. Finalidad del amparo constitucional.

Por conocida se tiene la finalidad del amparo constitucional, en cuanto mecanismo de origen superior y stirpe excepcional, que se encuentra al alcance de toda persona cuando observa que sus derechos fundamentales sean vulnerados o amenazados por parte de las autoridades, o de los particulares, pero en los casos taxativamente señalados por la ley.

3. Del objeto de la presente acción de tutela.

Acudió el actor al excepcional mecanismo de protección en orden a que le sean amparados los derechos precitados y se le ordene a la **ARL** accionada, el pago de las incapacidades comprendidas entre el 15 de mayo de 2020 en adelante.

4. Sobre el derecho a la salud en conexidad con la vida.

El derecho a la salud, comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener tanto la normalidad orgánica como la funcional, tanto física como psíquica y psicosomática, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de la persona, lo cual implica una acción de conservación y de restablecimiento por parte del poder público como de la sociedad, la familia y del mismo individuo.

En este sentido, el alto Tribunal Constitucional ha señalado además que *"la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo"*. La jurisprudencia se ha caracterizado por su perfil garantista, asentando claros sus criterios entorno a éste particular; en Sentencia T-645 de 1996, M. P., Dr. Alejandro Martínez Caballero, la Corte sostuvo lo siguiente:

"Debe aclararse, como también se hizo en las sentencias relacionadas, que el concepto de Vida al que se ha hecho referencia, supone un derecho constitucional fundamental no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima afectación posible del cuerpo y del espíritu".

Es por lo anterior, que tanto la vida como la salud deben ser vistas como prerrogativas máximas, cuya observancia resalta una carácter único, más no separado, es decir, que no podría estimarse la Vida Digna sin la garantía previa de una salud e integridad correlativas, siendo del caso que la fundamentabilidad de tales derechos deba reconocerse como un todo, en el cual sea la Vida la piedra angular sobre la cual se soporte la existencia digna de la persona.

4.1. Ahora bien, y en atención a la respuesta allegada por el Ministerio de Salud y Protección Social y demás vinculadas, resulta dable colegir que la incapacidad debe ser asumida por la **ARL** sin cargo al ADRES más aun cuando no se configura el allanamiento en la mora de la accionada, es una garantía incluida en el Plan Obligatorio de Salud y en consecuencia deben ser pagado por la EPS accionada y más cuando el mismo fue prescrito por su médico tratante como así se acredita en las documentales que reposan a folios 1 al 13.

Lo que hace obligatorio para la accionada actuar de manera inmediata con el fin de pagar la incapacidad al accionante comprendida entre el 15 de mayo de 2020 en adelante, si aún no han sido canceladas, más aun cuando dicho cargo está incluido en los riesgos laborales, como bien lo indican las entidades vinculadas, sin generar sobre costos ni desajustes financieros que causen desequilibrio entre las partes, por lo mismo no se hará pronunciamientos alguno sobre la facultad de recobro,

dado que como ha quedado claro el desembolso hace parte los riesgos laborales asegurados y ello no da lugar a recobros, reitero, lo solicitado se encuentra en el riesgos asegurados y en esa medida, **su costo debe ser asumido por la ARL.**

En el escrito de contestación la entidad accionada manifestó, haber generado orden de pago de las incapacidades mediante radicado interno No. 7688222, 7688223, 7688224, 7688225, 7688226, pago que fue aplicado mediante transferencia electrónica al aportante RESAGRA SAS NIT-901043163., decisión que fue notificada al accionante en correo certificado y correo electrónico.

La manifestación de la entidad accionada y la prueba que acompañó a dicha exposición, son suficientes para que el Despacho estime que el derecho vulnerado ciertamente fue protegido remitiéndose al empleador la orden de pago de las incapacidades acá reclamadas, por lo que configura un cumplimiento al derecho que afirma el accionante fue vulnerado, superando cualquier violación a que diera lugar, con lo cual la acción de la referencia resulta improcedente. Nótese que la respuesta de la accionada se dio con proximidad de este proceso constitucional, y en tal estado de cosas, la afectación a los derechos fundamentales pierden actualidad, característica esencial en tratándose del amparo por vía de tutela.

Sobre el particular la H. Corte Constitucional, ha explicado que:

*"Efectivamente, si como lo ha reconocido esta Corporación en diferentes pronunciamientos y se reitera en esta Sentencia, la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, resulta lógico suponer que su efectividad reside en la posibilidad que tiene el juez, en caso de existir la violación o amenaza alegada, de impartir una orden encaminada a la defensa actual y cierta del derecho afectado. Pero si, como ocurre en el presente caso, la situación de hecho que produce la violación o amenaza ya ha sido superada, la acción de amparo pierde su razón de ser, pues la orden que pudiera impartir el juez no produce ningún efecto por carencia actual de objeto, resultando improcedente la tutela."*¹

Así las cosas, advierte el Despacho la improcedencia del remedio Constitucional deprecado para la protección de los derechos fundamentales del accionante.

Por no ser necesarias más consideraciones, el Despacho negará el amparo solicitado.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

¹ sentencia T-675 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, citada en Sentencia T. 031 de 2004.

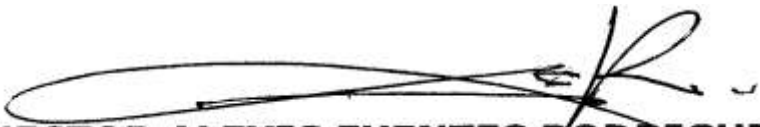
RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la tutela impetrada por **LUIS ORLANDO GOMEZ GARZON** contra **POSITIVA ARL**, en consideración de las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: NOTIFIQUESE, a las partes la presente decisión, de conformidad con lo establecido por el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, por el medio más **expedito y eficaz**.

TERCERO: Si el presente fallo no fuere impugnado, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión. **OFICIESE**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NESTOR ALEXIS FUENTES RODRIGUEZ
JUEZ.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia