

Referencia	Acción de Tutela
Accionante:	María Cristina Hortua Lozano
Accionado:	Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A
Vinculado:	Consultor Pérez y Asociados S.A.S
Radicación:	63-001-41-05-001-2023-10039-00
Tema	Derecho Fundamental al Mínimo Vital y otros

Armenia, dos (2) de Octubre de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA DE TUTELA

Decide el despacho en primera instancia la acción de tutela promovida por **María Cristina Hortua Lozano** en contra de **Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A** y a la que fue vinculada la sociedad **Consultor Pérez y Asociados S.A.S.**

I. ANTECEDENTES

María Cristina Hortua Lozano promovió la acción constitucional con el propósito que se le amparen sus derechos fundamentales *«a la dignidad humana, seguridad social, integridad personal, física y psicologica y al Mínimo Vital»*, mismos que, presuntamente fueron transgredidos por la entidad accionada al no reconocer y pagar unas incapacidades médicas.

Como fundamento de la acción, manifestó que desde mediados del año 2022, se encuentra incapacitada con un diagnóstico médico de *«esguinces y torceduras que comprometen el ligamento cruzado (anterior y posterior)»*; adujo que desde el mes de junio

de 2023, no se le han cancelado las incapacidades; aseveró que debido a su situación médica no se encuentra laborando y por ende el único sustento con el que cuenta es justamente las incapacidades que no han sido canceladas a tiempo, y que por esa razón se está vulnerando sus derechos fundamentales.

En respuesta la **Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A**, indicó que la accionante se encuentra en el sistema en estado «activo» como «dependiente» del empleador **Consultor Pérez y Asociados S.A.S**, explicó que las incapacidades reclamadas ya fueron reconocidas y pagadas al aportante «empleador», el 04 de agosto y 18 de septiembre de 2023; por lo tanto, solicitó que se ordenara al empleador de la accionante el reconocimiento de las mencionadas incapacidades.

Finalmente solicitó se declare la carencia actual por hecho superado en lo que respecta a la accionada, toda vez que está ya cumplió con la prestación solicitada.

Al trámite de la acción constitucional fue vinculada la sociedad **Consultor Pérez y Asociados S.A.S**, quien guardó silencio frente a los hechos de la acción de tutela.

Para resolver basten las siguientes,

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Aspectos generales de la acción de tutela

Al tenor del **artículo 86 de la C.P**, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de defensa judicial de derechos fundamentales cuando quiera que éstos estén

vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o privada en los casos previstos en la ley; además y de conformidad con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, para efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela debe acreditarse los requisitos de legitimación en la causa (activa y pasiva); la inmediatez; y la subsidiariedad.

En lo referente a la **legitimación en la causa por activa**, el artículo 86 de la constitución política en concordancia con el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, ésta se configura: i) a partir del ejercicio directo de la acción ii) de la representación legal, -como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas-, iii) a través de apoderado judicial -caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo-; iv) o por medio de agente oficioso. No obstante, esta última figura no procede directamente, pues es necesario que el agente oficioso afirme que actúa como tal y además demuestre que el agenciado no se encuentra posibilitado para promover su propia defensa. (C.C. T-054 de 2014).

Respecto de la **legitimación por pasiva**, de la lectura de los artículos 5, 13 y 42 del decreto 2591 se establece que la acción de tutela se puede promover contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, y de los particulares, en este último caso siempre que estén encargados de la prestación de un servicio público, o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

En lo que comporta a la **inmediatez**, la finalidad de la acción de tutela es garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; en ese orden si bien la acción de tutela se puede formularse en cualquier tiempo, su interposición debe darse en un tiempo razonable, oportuno y justo. Sin embargo, la Corte Constitucional ha indicado que el requisito no es exigible de forma estricta cuando se demuestra que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez sea muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos continúa y es actual. (CC T-194/21)

Finalmente y en lo que atañe a la **subsidiariedad** el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, por lo que solo procede cuando quiera que el afectado no tenga otro medio de defensa judicial; también cuando existiendo el mecanismo i) se ejerza la acción como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o ii) éste resulte ineficaz, caso en el que la tutela se convierte en un mecanismo de protección definitivo **(CC T-177 de 2013)**.

La valoración del perjuicio irremediable implica la concurrencia de varios elementos esenciales a saber, i) que sea cierto, es decir que existan fundamentos empíricos acerca de su probable ocurrencia, ii) debe ser inminente, esto es que esté próximo a suceder, y iii) que su prevención o mitigación sea urgente para evitar la consumación de un daño. **(CC-T 554/19)**

2. Derecho Fundamental al mínimo vital

El derecho al mínimo vital ha sido definido por la Corte como «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». Es decir, la garantía mínima de vida. (Sentencia T-426/14)

En esa línea, ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como una de las garantías más importantes en el Estado Social de Derecho. No solo por su relación indefectible con otros derechos como la vida, la salud, el trabajo y la seguridad social, sino porque en sí mismo es ese mínimo sin el cual las personas no podrían vivir dignamente. Es un concepto que no solo busca garantizarle al individuo percibir ciertos recursos, sino permitirle desarrollar un proyecto de vida. De allí que también sea una medida de justicia social, propia de nuestro Estado Constitucional. (CC T-426/14)

Haciendo un análisis a las manifestaciones reiteradas de la Corte, se tiene que cuando se trata de mínimo vital inevitablemente nos debemos referir a aspectos económicos; no obstante, no se pueden dejar de lado las condiciones de vida de la persona, ese es uno de los propósitos que busca el Estado Social de Derecho, que al individuo se le garantice una vida digna en sociedad. Es por ello por lo que la Corte en diferentes oportunidades, ha precisado que el derecho al mínimo vital no es una garantía cuantitativa sino cualitativa, lo que traduce que sus ingresos son una variante para determinar el grado de vulneración del derecho, pero su protección va mucho más allá. Bajo esta línea de pensamiento, la máxima corporación ha

entendido que, a pesar de la estrecha relación, salario mínimo, y mínimo vital no son lo mismo, por lo que puede haber situaciones en las que proteger el salario mínimo de una persona no garantiza las condiciones básicas sin las que el individuo no podría vivir dignamente. (CC T- 1084-07).

3. Procedencia de la Acción de Tutela para el pago de incapacidades.

En aquellos eventos en los que se exige el pago de incapacidades ora la licencia de paternidad o maternidad, ha destacado la jurisprudencia constitucional que por regla general la acción de tutela es improcedente el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral. Lo anterior en razón a que aquellos derechos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de la justicia ordinaria. No obstante, ha destacado que de forma excepcional ha admitido su procedencia cuando la falta de pago de la licencia de maternidad o paternidad afecte los derechos fundamentales al mínimo vital del accionante y del menor de edad. (CC T-190/16, T-114/19)

En ese sentido la Corte Constitucional ha definido unas reglas con las que se puede determinar la afectación del derecho fundamental al mínimo vital cuando no se pagan las incapacidades. Para la Corte: *“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar; ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la*

reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.” (C.C T-490 de 2015)

En ese orden, si un trabajador por sus condiciones de salud no tiene la forma de generar un ingreso para su subsistencia y la de su familia, el reconocimiento de incapacidades se convierte en una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna durante el tiempo de las incapacidades.

4. Regulación legal de las incapacidades.

En cuanto a la responsabilidad en el pago de las incapacidades, es necesario establecer en primer lugar, el origen de la contingencia, esto es, si proviene de una enfermedad común, en cuyo evento la asume el sistema general de salud, o si es ocurrió por un accidente de trabajo o la exposición a un riesgo asociado al trabajo; en este último supuesto, la obligación recae en el sistema general de riesgos laborales. En este caso no existe discusión sobre el origen común de la contingencia, por lo que en los términos del artículo 227 del C.S.T, hay lugar a un pago al trabajador *«un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: Las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante»*

Dicha norma fue objeto de estudio constitucional en el que se declaró exequible condicionalmente mediante sentencia C-543 de 2007, en el entendido de que el auxilio monetario por

enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Respecto del responsable de la asunción del pago de las incapacidades el Parágrafo 1, Artículo 3.2.1.10 Decreto 780 de 2016, establece que al empleador le corresponde el pago de las incapacidades correspondientes a los dos (02) primeros días, en tanto que las Entidades Promotoras de Salud reconocerán tal prestación a partir del tercer (3) día. Sin embargo, tal pago no es indeterminado por lo que su pago solo se extiende hasta el día 180, por expresa disposición del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, pues a partir del día 181 y siempre que la EPS haya radicado ante la AFP el concepto de rehabilitación la responsabilidad recae sobre estas últimas.

Ha de precisarse, además que por virtud del artículo 121 del Decreto 19 de 2012, si bien la EPS es la encargada de asumir el pago de las incapacidades y las licencias de maternidad o paternidad, debe el empleador liquidar y asumir su pago de manera directa, pero con el respectivo derecho a recobrar a la EPS lo pagado. En términos simples, la única obligación del trabajador es reportar a su empleador la incapacidad médica o la licencia de maternidad o paternidad para que este gestione el reconocimiento y pago ante la EPS. Para el caso de los trabajadores independientes deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC (artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016).

5. **Caso en Concreto.**

A partir de todo lo anteriormente expuesto, en lo atinente a la legitimación en la causa por activa, en el auto que avocó la acción de tutela se requirió al abogado **Derian Alejandro Flor** para que remitiera el memorial poder con nota de presentación

personal en los términos del artículo 74 del CGP, o con constancia de haberse conferido mediante mensaje de datos en los términos del artículo 5 de la ley 2213 de 2022, para tramitar la presente acción constitucional. Al respecto y aun cuando la acción constitucional estaba elaborada en un formato en el que él figuraba como abogado, se insistió que la misma se presentó a título personal. (fl 1 archivo 009 ED), aspecto que fue corroborado por la accionante en comunicación que entabló con el despacho. (f. 1 archivo 15). En ese contexto, encuentra el despacho que, **María Cristina Hortua Lozano** se encuentra legitimada por activa para invocar la protección de los derechos fundamentales a las luces del inciso 2 del artículo 10 del decreto 2591 de 1991, habida cuenta, que actúa en nombre propio y es la titular de los derechos fundamentales supuestamente conculcados. Aun así, se exhortará al abogado **Derian Alejandro Flor**, para que en lo sucesivo, se abstenga de facilitar que terceros utilicen encabezados o pie de página en sus acciones constitucionales, pues ello puede hacer incurrir en error a la administración de justicia.

A su turno, la **Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A** y **Consultor Pérez y Asociados S.A.S** se encuentran legitimadas por pasiva pues a pesar de ser instituciones de derecho privado, el artículo 42 numeral 2 y 4 del decreto 2591 de 1991 establece la procedencia de la acción de tutela contra particulares, en aquellos eventos en éstos prestan un servicio público, y en aquellos casos en los que existe un estado de indefensión y/o subordinación. Respecto de la EPS ésta la encargada de garantizar la prestación del servicio público de seguridad social en salud y el pago de incapacidades, dentro del marco de sus competencias, y de contera tiene que garantizar también la atención de sus requerimientos y/o reclamos. Respecto de la sociedad **Consultor Pérez y**

Asociados S.A.S, dado que ésta figura como cotizante y empleador de la accionante es evidente que existe un estado de subordinación y/o indefensión.

En cuanto a la subsidiariedad, estima el despacho que aun cuando la accionante cuenta con los mecanismos ante la justicia ordinaria, tales mecanismos en este caso puntual en el que se hace un reclamo de sesenta (60) días de salario resultan no ser el medio idóneo para lograr el cometido, y ello es así porque la ausencia de pago y las características propias del caso, agudizan el atentado contra el mínimo vital de la accionante y su núcleo familiar.

En cuanto a la inmediatez, nota el despacho que las incapacidades que se pretenden sean reconocidas distan en un término no mayor a 30 días a la presentación de la acción constitucional, lo que nos lleva a colegir que ha transcurrido un término mas que prudencial, por lo que el requisito ha sido superado.

Entrando entonces en el quid del asunto lo primero a destacar es que el Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene dispuesto la responsabilidades frente al pago de las incapacidades y licencias en cada caso concreto, donde se establece que si bien la erogación está a cargo de las EPS, en este caso **Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A**, los tramites y el pago material de la prestación, en los terminos del artículo 121 del Decreto 19 de 2012, le corresponden al empleador en el caso de los trabajadores que figuran como dependientes ante el sistema, que para este caso es **Consultor Pérez y Asociados S.A.S**, con derecho a recobrar lo pagado.

Se tiene entonces que **María Cristina Hortua Lozano**, cuenta con un diagnóstico de «*Desgarro de Meniscos*» (fl. 6 archivo 002 ED), y debido al mismo se han generado incapacidades las cuales materialmente no han sido canceladas a la accionante (fl. 4 y 8 archivo 002 ED). Al respecto la E.P.S. accionada indicó que las incapacidades ya fueron pagadas a la sociedad **Consultores Pérez y Asociados S.A.S**, empleador aportante de la accionante, (fl. 03 archivo 010 ED).

Con independencia de los argumentos que haya tenido la EPS para negar en su momento la prestación, lo cierto es que quien debía asumir el pago de las incapacidades es quien -se itera- figura como empleador del demandante **Consultores Pérez y Asociados S.A.S**, ello porque la actora está reportada como trabajadora dependiente.

Justamente debido a la respuesta, se vinculó a la presente acción constitucional a la sociedad **Consultores Pérez y Asociados S.A.S**; quienes guardaron silencio antes los hechos que dieron origen al reclamo deprecado. Igualmente, el 27 de septiembre de 2023, el despacho se comunicó con la accionante con el fin de obtener información acerca de la vinculación al sistema de seguridad social y la relación con la entidad vinculada y ésta manifestó que ella es trabajadora independiente y que **Consultores Perez y Asociados SAS**, unicamente cotiza los aportes al sistema de seguridad social; la accionante agregó que normalmente es la empresa quien cancela las incapacidades, pero dado el atraso de los ultimos dos (2) meses en los pagos, fue que se vio conminada a presentar la acción de tutela ya que no cuenta con más recursos. Agregó que gracias a la accion de tutela el viernes 22 de septiembre de 2023, la sociedad **Consultores Perez y Asociados SAS**, le canceló la última incapacidad, quedando pendiente una unica incapacidad por pagar (archivo 05 ED).

De conformidad con lo manifestado por la accionante, se dispuso por parte del despacho, la revision en la pagina web del Ministerio de Salud¹, y se constata que la sociedad no se encuentra autorizada en el **Departamento del Valle** de donde es oriunda la sociedad, para realizar afiliaciones colectivas al sistema de seguridad social integral en los terminos señalados en los **Decretos 3615 de 2005 y 2313 de 2006**, ni mucho menos para afiliar a trabajadores independientes. Esto significa que la entidad presuntamente ha incurrido en actividades ilegales de afiliación individual o colectiva sin contar con la autorizacion del Ministerio de Salud y Proteccion Social, contrariando asi el **Artículo 2.1.1.8 del Decreto 780 de 2016**, que expresamente lo prohíbe asi:

Artículo 2.1.1.8 Prohibición de adelantar afiliaciones por entidades no autorizadas. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud está prohibido realizar la afiliación individual o colectiva a través de relaciones laborales inexistentes o por entidades que no estén debidamente autorizadas por el Ministerio de Salud y Protección Social. Esta conducta se tendrá como práctica no autorizada y será investigada y sancionada por las autoridades competente

De lo expuesto se puede inferir del presente asunto que **E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.A.** cumplió con la obligación de cancelar las incapacidades de la accionante a su supuesto empleador, pero éste ultimo es quien ha retenido y no ha pagado sin justificacion los auxilios. Pero quizá lo que es mas grave es que la sociedad funge como un intermediario ilegal al sistema de seguridad social integral.

Por lo señalado se concederá la tutela de los derechos fundamentales reclamados, y en concreto el del mínimo vital y se ordenará a **Consultores Pérez y Asociados S.A.S** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia adelante las gestiones administrativas tendientes a **pagar de forma directa** a **María**

¹<https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Regimencontributivo/Lists/Minsaludafiliacioncolectiva/AllItems.aspx>

Cristina Hortua Lozano, la incapacidad del periodo comprendido entre el 28 de junio de 2023 de 2023 al 28 de agosto de 2023 (fl. 4 archivo 002 ED).

Tambien advertirá a la **E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.A.** para que adopte los correctivos administrativos para que la sociedad **Consultores Pérez y Asociados S.A.S**, no siga contribuyendo al atentado de los derechos fundamentales de las personas que están realizando aportes al sistema de seguridad social como independientes, tal como aquí ocurrió.

Asi mismo se compulsará copias de las actuaciones surtidas para que dentro del marco de sus competencias el **Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Trabajo, la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia de la Economía Solidaria, la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP-**, investiguen y si es el caso adopten los correctivos que haya lugar frente al comportamiento al parecer irregular de afiliar colectivamente al sistema de seguridad social sin autorizacion de dicha entidad por parte de la sociedad **Consultores Pérez y Asociados S.A.S**, y de su representante legal **Harold Andres Perez Ramirez**. (f. 2 archivo 11 ED)

III. DECISION

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Laboral Municipal de Pequeñas Causas de Armenia Quindío**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales reclamados, y en concreto el del mínimo vital, **María Cristina Hortua Lozano**.

SEGUNDO: ORDENAR a **Consultores Pérez y Asociados S.A.S** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia adelante las gestiones administrativas tendientes a pagar de forma directa a **María Cristina Hortua Lozano**, la incapacidad del periodo comprendido entre el 28 de junio de 2023 de 2023 al 28 de agosto de 2023.

TERCERO: ORDENAR a la **Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A**, que se abstenga de realizar cualquier pago de prestaciones económico-asistenciales a **Consultores Pérez y Asociados S.A.S**, en tanto que esta sociedad se dedica ilegalmente a intermediar en el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud.

CUARTO: COMPULSESE copias de la tutela y sus anexos a las autoridades descritas en la parte motiva de esta providencia para que investiguen los comportamientos irregulares de **Consultores Pérez y Asociados S.A.S**, y de su representante legal **Harold Andres Pérez Ramírez**, en la afiliación colectiva al sistema de Seguridad Social.

QUINTO: INFORMESE a la accionante que se encuentra afiliada al sistema de seguridad social Integral a través de una sociedad que presuntamente se encuentra intermediando ilegalmente al sistema a través de afiliaciones colectivas.

SEXTO: EXHORTAR al abogado **Derian Alejandro Flor**, para que en lo sucesivo, se abstenga de facilitar que terceros utilicen encabezados o pie de pagina en sus acciones constitucionales, pues ello puede hacer incurrir en error a la administracion de justicia.

SEPTIMO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

OCTAVO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada

Notifíquese y cúmplase,

MANUEL ALEJANDRO BASTIDAS PATIÑO
JUEZ



Puede escanear este código
QR para acceder al
Micrositio del Juzgado o
dirigirse al siguiente enlace
<https://11v/P-59>