



Referencia	Acción de Tutela
Demandante:	DAVID ALBERTO RINCON GALINDO
Demandado:	SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – SOS- S.A
Radicación:	63-001-41-05-001- 2020-00197-00
Tema	Derecho fundamental al mínimo vital y a la Seguridad Social
Subtemas: i) Reconocimiento y pago de incapacidad laboral: Subsidiariedad e inmediatez. ii) marco normativo referente al pago de incapacidades. iii) incapacidades por enfermedad de origen común iv) afiliación irregular al sistema de seguridad social integral por personas jurídicas o naturales no autorizadas por el Ministerio de Salud. v) allanamiento a la mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social.	

Armenia, Quindío veintitrés (23) de noviembre de 2020.

SENTENCIA DE TUTELA.

Decide el despacho en primera instancia la acción de tutela promovida por **DAVID ALBERTO RINCON GALINDO**, en contra de **SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD –SOS- S.A;** tramite al que fue vinculado **AVH S.A.S.**

I. ANTECEDENTES

El accionante, promovió la acción constitucional con el propósito que se le amparen sus derechos fundamentales al “*MINIMO VITAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL*”, mismos que, supuestamente fueron transgredidos por la EPS accionada.

Para motivar la acción señaló que se encuentra cotizando al sistema de seguridad social a través de la empresa AVH S.A.S desde el 1 de noviembre de 2018 como “*trabajador independiente*”; refirió que el 03 de marzo de 2020 le realizaron cirugía de trasplante renal DV, por lo que el médico tratante prescribió incapacidades desde el 03 de marzo de 2020 hasta el 05 de octubre de 2020, por un total de 180 días; dijo que, solicitó a la accionada el reconocimiento de dichas incapacidades pero éstas fueron negadas con el argumento de que existió por parte de AVH S.A.S mora en el pago de aportes.

Manifestó que no tiene vínculo laboral alguno con AVH S.A.S pues ellos solo le prestan el servicio de intermediación para el pago de los aportes a la seguridad social; adujo que si existió mora en el pago de los aportes los mismos fueron pagados con sus respectivos intereses de mora.

Expone que el no pago de los 180 días de incapacidad le generan una flagrante afectación al mínimo vital, pues al ser trabajador independiente no cuenta con ingresos fijos mensuales; finalmente afirmó que la actuación desplegada por la accionada puso en peligro sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, razón por la cual se vio obligado a interponer la presente acción de tutela.

La entidad accionada **SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – SOS- S.A.**, declaró que el accionante está afiliado al sistema de seguridad social en salud como trabajador dependiente; afirmó que revisó la base de datos del área financiera y encontró que el aportante **AVH S.A.S** está en mora de sus afiliados dependientes lo que generó el no reconocimiento del pago de incapacidad temporal; aseveró que al existir una

afiliación como trabajador dependiente de un empleador no hay obligación de la EPS de pagar las incapacidades directamente al accionante conforme al artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012.

Finalmente, solicitó que se declare improcedente el amparo constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva pues a su parecer el empleador no puede trasladar trámites administrativos a sus afiliados dependientes.

El despacho ordenó la vinculación al trámite **AVH S.A.S** quien manifestó que, el señor **DAVID ALBERTO RINCON GALINDO** se encuentra afiliado para realizar con ellos los aportes a la seguridad social como trabajador independiente desde el 01 de noviembre de 2018.

Afirma que el aquí accionante desde el mes de marzo a octubre de 2020 le dieron incapacidades por medicina general, las cuales han sido debidamente tramitadas pero que no han sido reconocidas por **Servicio Occidental de salud –SOS**.

Termina su defensa solicitando que **Servicio Occidental de Salud –SOS** reconozca y pague las incapacidades del aquí accionante, además requiere que se le excluya de toda responsabilidad dentro de la presente acción.

Para resolver basten las siguientes,

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

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.

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)**.

En lo atinente a la ***subsidiariedad***, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela para exigir el pago de incapacidades laborales procede de forma excepcional, cuando se demuestran condiciones tales como: (i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.

En esa medida, se itera, la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos puede afectar gravemente la condición económica del trabajador, pues tal auxilio, en esa particular situación, reemplaza el salario que por regla general constituye su mínimo vital. De allí que cuando se presenta la

negativa a su reconocimiento por la entidad obligada, permite al juez constitucional entrar a resolver la controversia a efecto de evitar un perjuicio irremediable, dado que se pondría en riesgo incluso la subsistencia del afiliado y su grupo familiar.

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha establecido que si bien, el pago de incapacidades es un derecho económico, la ausencia de su reconocimiento puede involucrar la vulneración de derechos fundamentales, sobre todo, cuando dicho pago constituye, para el afiliado, la única fuente de recursos indispensables para atender las necesidades básicas, personales y familiares **(CC T 498 de 2010 y T 161 de 2019)**.

Ahora bien, 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 de origen común desde el día 3 al 180, en aras de evitar trámites engorrosos para los trabajadores, 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**).

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el allanamiento de la mora, la Corte Constitucional se ha decantado en múltiples casos es que cuando los empleadores o trabajadores

independientes pagan de manera extemporánea los aportes al sistema de seguridad social, las empresas prestadoras del servicio de salud EPS, no pueden negarse a cancelar el pago de la incapacidad por enfermedad general, a no ser que hayan actuado para solicitar el pago oportuno de las cotizaciones o hayan rechazado los pagos efectuados por fuera del término establecido. Esta teoría fue aplicada, en un primer momento, a situaciones análogas que se han presentado en el análisis de los asuntos sobre la licencia de maternidad, pero se ha extendido a los casos sobre la licencia por enfermedad general.

De acuerdo con lo anotado y descendiendo al caso en estudio, se observa que **DAVID ALBERTO RINCON GALINDO** fue incapacitada del 03 de marzo al 01 de mayo de 2020 y del 08 de julio al 05 de octubre de 2020 por enfermedad común debido a una cirugía de trasplante renal, auxilio que está a cargo de **Servicio Occidental de Salud -SOS E.P.S** así:

SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS.

Empresa:AVH SAS

Periodo Pago:

Cotizante:DAVID ALBERTO RINCON GALINDO

Valor Total Pago \$:0

Número Folio	Fecha Inicio	Fecha Fin	Contingencia	Diagnóstico	Tipo Identificación	Número Identificación	Nombres	Apellidos	Días Solicitados	Días Acumulados	Días Liquidados	Valor Pagado	Fecha Pago	Estado
2778800	2020/03/03	2020/04/01	ENFERMEDAD GENERAL	Z940	CC	1094910385	DAVID ALBERTO	RINCON GALINDO	30	30	0	0		RECHAZADA
2778802	2020/04/02	2020/05/01	ENFERMEDAD GENERAL	Z940	CC	1094910385	DAVID ALBERTO	RINCON GALINDO	30	60	0	0		RECHAZADA
2778805	2020/07/08	2020/08/06	ENFERMEDAD GENERAL	Z940	CC	1094910385	DAVID ALBERTO	RINCON GALINDO	30	30	0	0		RECHAZADA
2778807	2020/08/07	2020/09/05	ENFERMEDAD GENERAL	Z940	CC	1094910385	DAVID ALBERTO	RINCON GALINDO	30	60	0	0		RECHAZADA
2778811	2020/09/06	2020/10/05	ENFERMEDAD GENERAL	Z940	CC	1094910385	DAVID ALBERTO	RINCON GALINDO	30	90	0	0		RECHAZADA

Fecha Generación:2020/11/17

Usuario Generación:UsuarioMTA



ANGEL PABLO DE J. RIVERA RIVERA
DIRECTOR GENERAL
DE LA INSTITUCIÓN DEL TRABAJO

Page 1 of 1

El accionante manifestó que solicito a la accionada el reconocimiento de las incapacidades causadas del 03 de marzo al 01 de mayo de 2020 y del 08 de julio al 05 de octubre de 2020, mismas que evidencia el despacho no se han liquidado, autorizado y pagado, lo cual afecta gravemente la

condición económica del trabajador, pues tal auxilio, en esa particular situación, reemplaza el salario que por regla general constituye su mínimo vital y hace procedente el mecanismo constitucional.

No existe una razón valedera para el no pago de las incapacidades, y menos aun aquella que se sustenta en que el empleador del accionante se encuentra en mora del pago de algunos aportes; pues una vez revisada la respuesta dada por la EPS, este despacho denota que los soportes allegados por la accionada no corresponden a los periodos de **DAVID ALBERTO RINCON** puesto que conforme a registro de afiliación, el aquí accionante empezó a cotizar el día 11 de noviembre de 2018 y según el reporte realizado por SOS-EPS el periodo adeudado corresponde al 201803 (fl4 contestacionSOSEPS.pdf); por lo anterior se configura una ausencia de la mora y la entidad debe garantizar el pago de las incapacidades generadas hasta el día 180.

Ahora bien, sobre quien se encuentra legitimado para pagar la prestación por los primeros 180 días, el despacho encuentra que si bien el accionante señala que aportó al sistema como trabajador independiente, lo cierto es que tanto su afiliación como cotizaciones figuran como *trabajador dependiente*, de **AVH S.A.S** esto se desprende del informe rendido por **AVH S.A.S** quien agrega que la afiliación data del 11 de noviembre de 2018 con un IBC de \$ 878.000 (fl5 ContestaciónAVH.pdf)

Paradójicamente **AVH S.A.S**, niega la existencia de la relación laboral pero confiesa que capta o en sus palabras se dedica “a la intermediación de pago de aportes al sistema de seguridad social”, sin embargo y al revisar la página web del

Ministerio de Salud¹, se constata que no se encuentra autorizada en el **Departamento del Quindío** 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. Aun asi, el despacho le solicito a la entidad vinculada **AVH S.A.S** que remitiera copia de los actos administrativos a traves de los cuales el Ministerio de Salud y Protección Social dio su autorización para realizar la afiliación individual o colectiva de las personas al Sistema de Seguridad Social en Salud, frente a lo cual guardo silencio; esto significa que la sociedad presuntamente ha incurrido en actividades ilegales de afiliacion 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

Tales anomalías, imponen amparar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante y de contera obliga imponer el pago de las incapacidades por los periodos comprendidos entre el 03 de marzo al 01 de mayo de 2020 y del 08 de julio al 05 de octubre de 2020 , a **AVH S.A.S**, quien ha venido recibiendo los recursos del accionante, sin informarle que carece de autorizacion del **Ministerio de Salud** para promocionar actividades de afiliacion colectiva, con todo la sociedad conservará el derecho de recobrarlas ante el **SERVICIO**

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

OCCIDENTAL DE SALUD –SOS- E.P.S S.A pues de todas formas la mentada EPS recibió las cotizaciones que causaron la prestación, pues de lo contrario se avalaría un enriquecimiento sin causa.

Adicionalmente y con independencia de lo anterior, 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 autorización de dicha entidad por parte de **AVH S.A.S** representado legalmente por **Elias Gomez Rodriguez**. También se compulsarán copias a la **Fiscalía General de la Nación** para que investigue la eventual comisión de los delitos de elusión y evasión de aportes al sistema de seguridad social.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Juzgado 1° Laboral Municipal de Pequeñas Causas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

PRIMERO; TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de **DAVID ALBERTO RINCON GALINDO**.

SEGUNDO: ORDENAR a **AVH S.A.S**, para que a través de su representante legal o la persona encargada del cumplimiento de las acciones constitucionales, que dentro del término impostergable de cuarenta y ocho horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia proceda a pagar en favor de **DAVID ALBERTO RINCON GALINDO**, el auxilio por incapacidad por los periodos por los periodos entre el 03 de marzo al 01 de mayo de 2020 y del 08 de julio al 05 de octubre de 2020 y las que en lo sucesivo se causen.

TERCERO: AUTORIZAR a **AVH S.A.S** a recobrar ante el **SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD –SOS- E.P.S S.A** las incapacidades generadas desde el 03 de marzo al 01 de mayo de 2020 y del 08 de julio al 05 de octubre de 2020 y *únicamente hasta el día 180*, siempre que estas se causen y hayan sido canceladas al accionante.

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 y eventualmente delictuosos de **AVH S.A.S**, representada legalmente por **Elias Gomez Rodriguez**, en la afiliación colectiva al sistema de Seguridad Social.

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

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,



MANUEL ALEJANDRO BASTIDAS PATIÑO

JUEZ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, tal como lo disponen la ley 527 de 1999 y el decreto reglamentario 2364 de 2012.