



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110012205000202100339-01

**SUMARIO ADELANTADO POR JENNIFER DEL PILAR PERDOMO
OVALLE CONTRA SALUD TOTAL EPS-S S.A.**

Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 15 de febrero de 2021, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **JENNIFER DEL PILAR PERDOMO OVALLE** contra **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**

ANTECEDENTES

JENNIFER DEL PILAR PERDOMO OVALLE, en representación de su hijo menor de edad NAYEN JACANAMIJOY PERDOMO, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para obtener el reembolso por parte de SALUD TOTAL EPS-S S.A., de los gastos médicos en que ha tenido que incurrir para atención de su hijo, quien padece una enfermedad huérfana denominada *Hirschsprung*.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, el 25 de septiembre de 2020, recibió comunicación de SALUD TOTAL EPS-S S.A., donde le informaban el cambio de IPS, para su hijo menor, para el municipio de Sibundoy – Putumayo; que, posteriormente, recibió el documento de portabilidad, por lo que, el 28 de septiembre de 2020, se dirigió la mencionada IPS, pero lo negaron la atención, por no presentar el documento de aprobación, no obstante, el niño necesitaba atención médica urgente, y la enviaron a la ESE de Colon – Putumayo, donde el menor fue hospitalizado, pero requería ser trasladado, y la EPS sólo autoriza ubicarlo en Bogotá; que, finalmente se inició el trámite para su traslado a Pasto – Nariño, al Hospital Infantil Los Ángeles, donde fue recibido el 30 de septiembre de 2020, con diagnóstico de 10 días de distensión abdominal, ordenándole hospitalización, para practicarle la tecnología denominada

colon por enema, previa biopsia endorrectal; examen que sólo fue autorizada el 5 de octubre de 2020 y practicado al día siguiente 6 de octubre de 2020; que, el 11 de octubre de 2020, el menor tuvo consulta con la nutricionista, quien le ordenó la FORMULA F100 por presentar desnutrición proteínico-calórica; además, el 15 de octubre de 2020, la especialista gastroenteróloga, le formuló Enterogermina en capsula 4 Billones UFC; no obstante, la EPS demandada, le negó el suministro de ese medicamento porque la orden tenía fecha 15 de septiembre de 2015 y por tanto estaba vencida.

Indica que, el mismo 15 de octubre de 2020, solicitó el traslado de su hijo, en ambulancia, al municipio de Sibundoy, pues, en la ciudad de Pasto – Nariño, había un alto riesgo de contagio por COVID-19, pero se le negó el servicio de ambulancia por no existir orden médica del profesional tratante; el 18 de octubre de 2020, la actora y su hijo llegaron a su lugar de residencia, habiendo cancelado directamente los gastos del viaje, alimentación y pañales por más de 18 días; que, el 22 de octubre de 2020, comenzó a solicitar turno para la autorización de los insumos de la colostomía y los medicamentos acetaminofén jarabe 150 mg, Enterogermina capsula y la formula F100; que, el 29 de octubre de 2020, recibió la autorización, pero sólo para los suministros de la colostomía, sin que la EPS refiriera nada de los medicamentos.

Manifiesta que, el 26 de noviembre de 2020, tuvo que viajar a la Ibagué, para matricular a otro de sus hijos en el Colegio, por lo que aprovechando su viaje, se presentó en una Audifarma en esa ciudad, ante la falta de respuesta sobre la entrega de los medicamentos en su municipio, donde le entregaron un reporte que decía, que, no se le hacía entrega de medicamentos porque no aparecía nada en el sistema a su favor; el 4 de diciembre de 2020, luego de elevar reclamación a la demandada, se le informó que no se le podían entregar insumos, porque las autorizaciones estaban vencidas; si embargo, una asesora de la EPS, le informó que ya quedaban autorizados los suministros de la colostomía que estaban vencidos y que podía reclamarlos en cualquier farmacia de esa ciudad, a lo que ella le respondió que iría el 7 de diciembre de 2020, porque debía confirmar donde había disponibilidad de esos elementos, para no perder tiempo y dinero; que, el 14 de diciembre de 2020, encontraron una inconsistencia, para la entrega de los suministros, porque los había autorizado para reclamar en Villavicencio – Meta, entonces relata que le pidió al padre del menor, quien se encontraba en Sibundoy, que fuera inmediatamente al centro de salud, para obtener una prescripción urgente de los medicamentos NO POS; que, estando allí, el mencionado señor la puso en contacto de con la jefe de enfermeras, quien le dijo que no podía ayudarla, porque ellos no tenía instalado el aplicativo MIPRES, que es la herramienta creada por el Ministerio de Salud, para reportar la prescripción de tecnologías de la salud no financiadas con los recursos de la UPC.

Que, el 15 de diciembre de 2020, le solicitó a SALUD TOTAL EPS-S S.A., mediante correo electrónico, la autorización de los medicamentos NO POS, con carácter urgente, pues, el menor tenía programada cirugía de descenso, para el mes de febrero de 2021; y, la respuesta que obtuvo, fue que ella se ha negado a recibir los insumos y medicamentos, cambiando constantemente de lugar de residencia, sin que asumieran en momento alguno su responsabilidad, en el tratamiento requerido por su hijo, quien padece de una enfermedad huérfana denominada *Hirschsprung* (fls 2-4).

Mediante auto del 18 de enero de 2021, la Superintendencia Delegada, requirió a la actora, para que acreditara los gastos en que incurrió por la falta de oportunidad en la entrega de los medicamentos y demás elementos que requería el menor, los cuales relacionó así:

GASTOS DE SOSTENIMIENTO POR 20 DIAS DE HOSPITALIZACION			
CONCEPTO (dd/mm/año)	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL	OBSERVACIONES
28/09/20: Desplazamiento municipio Sibundoy-Colon Putumayo	30.000	30.000	Se pagó transporte privado (contagio Covid-19) y por qué la IPS Centro de Salud Rengifo de Sibundoy (NO me prestaron el servicio de ambulancia) al Hospital PIO XII de Colon Putumayo.
28/09/20: 1º día de hospitalización Hospital Pio XII Colon (Alimentación)	30.000	50.000	Este día NO le dieron alimentación a mi hijo en el Hospital Pio XII porque no sabían como manejar este caso siendo mi EPS Salud Total y nos dejaron en hospitalización (sala cuna pésimas condiciones) demora en la remisión de traslado a Pasto, siendo que era una URGENCIA
29/09/20: 2º día de hospitalización Hospital Pio XII Colon (Gastos varios)	20.000	20.000	Tuve que llamar a Salud Total y pasar la comunicación desde mi celular a facturación de este hospital Pio XII Colon para que resolvieran lo del traslado a PASTO (NO salía remisión; 4:00 pm hora de traslado en ambulancia)

30/09/20: 3º día de hospitalización: Hospital Infantil Los Angeles	30.000	30.000	Enemas cada 8 horas; gastos de pañales. Suspensión por alto gasto fecal (Epicrisis)
01/10/20: 4º día hospitalización: gastos varios	30.000	30.000	Aun NO se pronuncia la EPS Salud total Epicrisis: "atentos a evolución dado que la EPS NO cuenta con red para toma de Colon por Enema..." hospitalización en URGENCIAS
02/10/20: 5º día de hospitalización: suspenden antibiótico	30.000	30.000	Deciden suspender antibiótico dado que la EPS no cuenta con Red de Apoyo (Epicrisis) me comentan la posibilidad de remitir a Cali o Bogotá (No sabían a donde remitir) justificaba yo la "portabilidad", necesitando que nos dejaran allí
16 días de hospitalización (gastos alimentación)	30.000	480.000	Debía salir a alimentarme constante por que daba leche materna a mi hijo, no se alimentaba muy bien, poco comía.
16 días de hospitalización (gastos pañales) 15x16=240	800	192.000	Toda esta cantidad de pañales llevaba un gasto diario de 15 unidades aproximadamente (Enemas cada 8 horas)
16 días de hospitalización (gastos varios)	20.000	60.000	Debía hacer recargas a mi celular, llamar a la EPS para autorizar exámenes, seguimiento de resultados Biopsia enviados a Bogotá, entre otros
16 días de hospitalización (gastos aseo)	10.000	160.000	Jabón para lavar ropa de mi hijo (Enemas) shampoo (debía bañarlo todos los días) papel higiénico (no lo suministran en hospitalización) etc.
16 octubre 2020 salida Hospital (terminal Pasto-Nariño, Sibundoy-Putumayo, Sibundoy Vereda las Cochas	150.000	150.000	Respuesta Contacto Número "1010203690": NO es posible generar autorización de transporte ya que no existe orden medica del profesional...otra mamita con su hijo con esta misma enfermedad me decía; a mí me cubre la EPS transporte hasta la puerta de mi casa...sin orden medica...
SUBTOTAL		1.232.000	

GASTOS INSUMOS DE COLOSTOMIA			
CONCEPTO	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL	OBSERVACIONES
Insumos Colostomía	891.200	691.200	NO teniendo los insumos de Colostomía, como un pañal para poder colocárselo en el Estoma, hace bastante materia fecal en el día por lo que debo cambiarlo las veces que sean necesarias, presenta sangrado en ocasiones y debo poner papel higiénico para que absorba la materia fecal
Insumos Colostomía	345.600	345.600	Divido el gasto de pañales en 2, debido a que también he gastado mucho en pañales húmedos para limpiar el estoma y papel higiénico
Insumos Colostomía	150.000	150.000	Debo colocar el recorte de pañal en el estoma, para lo que debo pegarlo con cinta adhesiva transparente gruesa, le irita esta cinta para lo que debí comprar esparadrapo grueso para ayudar a pegarle el pañal, crema antipañalitis que se le coloca cerca de estoma y polvo para estoma (me regaló una enfermera 2 frascos)
SUBTOTAL		1.186.800	

GASTOS PARTICULARES PARA RECLAMAR INSUMOS			
CONCEPTO	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL	OBSERVACIONES

Vaje Sibundoy- Mocoa (Ibagué)	182.000	372.000	Teniendo la oportunidad de viajar Ibagué (ciudad de origen) aprovecho la ocasión donde no están Autorizados los Insumos Colostomía y demás autorizaciones de medicamentos no PUS "Enterofermina y Formula 100" donde me AMENZAN que si los acepto los insumos me van a pagar pagando a la Dirección de Ingresos y en a donde vivo actualmente: Sibundoy-Futurama Vereda las Cochis (Adjunto compra de pasajes) 111.000, Sibundoy, carrera taxi, Mocoa a Sibundoy 40.000, Sibundoy Vereda: 21.000
Gastos varios "Autorización"	50.000	50.000	Teniendo que desplazarme de Auditoría a Atención al usuario, haciendo llamadas para que me respondieran que me dieran cuenta después de 20 días que estaban autorizados para reclamar en la ciudad de Villavicencio-Meta
Compra Enterofermina capsula	94.300	94.300	Se envía recibo de compra de este medicamento: soporte demanda
Alimentación rica en fibra y probiótica NE	350.000	1.000.000	Nutricionista "con riesgo de desnutrición aguda" el medico refiere a un buen hábito de comida rico en fibra y probiótica para siguiente operación de "Discectomía" 18 de febrero 2021 (soporte demanda Nutricionista)
SUBTOTAL		1.566.300	
TOTAL		3.985.100	Todos los soportes estan adjuntos en la demanda

COSTOS INSUMOS COLOSTOMIA					
GASTO PAÑAL POR DIA	18 DE OCTUBRE A 31 DE OCTUBRE 2020	MES NOVIEMBRE 2020	MES DICIEMBRE 2020	MES ENERO 2021	TOTAL DIAS
9	14	30	31	21	95
VALOR PAÑAL UNIDAD	VALOR TOTAL X DIA DE PAÑALES	GASTO TOTAL PAÑALES OCT A ENÉ	GASTO PAÑITOS Y PAPEL HIGIENICO		
800	7.200	691.200	345.600		

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, se opuso a las pretensiones del accionante, indicando que el grupo familiar de la accionante, se encuentra ubicado en una zona recóndita del país en la cual se dificulta el acceso a

los servicios de salud requeridos por ellos; sin embargo, la EPS, le ha garantizado los servicios de Salud, y actualmente el menor se encuentra clasificado como un usuario de especial y prioritaria atención, por la patología que presenta y las dificultades de acceso al servicio que presenta por su lugar de domicilio; por tanto, el área jurídica supervisa de cerca su atención; indica que luego de haber contactado telefónicamente a la demandante, no presenta ningún servicio pendiente por autorizar, presentándose un hecho superado; aclara que todos los suministros necesarios para la colostomía han sido suministrados, inclusive llevándose hasta el domicilio del afiliado a costo de la EPS; y en cuanto al medicamento NO POS, afirmó que se encuentran a la espera que la IPS realice el reporte en el aplicativo respectivo (MIPRES) y de esta manera dar cumplimiento a la normatividad vigente y proceder a autorizar; recordándole a la demandante, que ante cualquier afectación de la salud que pueda presentar su hijo, debe acudir a la red de urgencias (CD fl. 66A).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 15 de febrero de 2021 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenándole a SALUD TOTAL EPS-S S.A., garantizar la atención del menor hijo de la demandante, en la IPS Centro de Salud Rengifo del municipio de Sibundoy, correspondiente a la cita de por Medicina general y control de crecimiento; y, ordenó el reembolso de a favor de la actora de \$94.300 por concepto de compra del medicamento Enterogermina, ya que, fue el único gasto que probó, comoquiera que, no adjuntó las facturas de compra de los elementos cuyo pago reclama; aclarando que, si bien se aportaron las pruebas correspondientes a la compra de unas tiquetes por transporte terrestre de Mocoa a Ibagué, no era posible reconocer su devolución, pues, la demandante, indicó que ese viaje lo realizó para matricular a otro de sus hijos en el Colegio, y que, estando allí decidió preguntar en una Audifarma si podían entregarle los insumos y medicamentos que necesitaba para el menor, pero en nada tenía relación ese viaje con el objeto del litigio (fls.79-84).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación las partes, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La demandante, insiste en que debe ordenarse el reembolso de los gastos en que ha incurrido por la tal de entrega de insumos y medicamentos para atender a su menor hijo, diagnosticado con la enfermedad huérfana de *Hirschsprung*; que lamentablemente no cuenta con los soportes de todo lo que ha pagado ante la negligencia de la EPS accionada, en entregarle los elementos y la atención que requiere el menor (CD fl. 65A).

Por su parte, SALUD TOTAL EPS-S S.A., solicita que se revoque la sentencia de Primera Instancia, pues, la cita de medicina general y control de crecimiento y desarrollo fue programada por la Entidad, sin embargo, la actora, mediante correo electrónico del 19 de febrero de 2021, desistió de la programación de la consulta y solicitó otras gestiones, relacionadas con control de interconsulta en la Clínica Los Ángeles de Pasto -Nariño, para planificar descenso abdominoperineal; por lo que la EPS, estableció comunicación con dicha Institución, ofertándoles una cita presencial para el 9 de marzo de 2021, de la cual fue informada la accionante, programándose y autorizándose dicho servicio. Y, en cuanto al reconocimiento del reembolso, considerada que no se cumple con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, pues, siempre se le autorizaron los servicios de salud, que la usuaria requirió (CD fl. 65A).

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999¹.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por el demandante, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar (i) si se encuentran demostrados los gastos médicos en que incurrió la demandante; y, en caso afirmativo, (ii) si procede o no su reembolso, en los términos solicitados en su escrito de demanda.

DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS

En materia de reconocimiento de devolución de dineros frente a los gastos en que incurre el afiliado, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, consagra:

“Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud

¹ Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que “...las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia”.

y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:

(...)

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:

- 1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.*
- 2. Cuando el usuario hay sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.*
- 3. **En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.*** (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, emitida por el Ministerio de Salud “*Por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimiento del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud*”, establece que:

“ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. *Las entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, Deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica **y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por el Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tengas establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.*” (Negrilla fuera de texto)

La corte Constitucional en sentencia T-460 de 2012 refiere al deber que tienen las EPS de prestar el servicio de salud de manera, oportuna, eficiente y de calidad, a través del principio de integralidad, así;

*“El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”. De igual modo, se dice que **la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el***

momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio, dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.”. (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)

Con lo anterior, es claro que el servicio de salud, se debe prestar en un tiempo y modo beneficioso, ello con el fin de que no se amenace gravemente la salud de la persona que debe someterse a un intenso dolor o al deterioro de su patología, pues, las entidades responsables deben garantizar el acceso a los servicios de salud que requieran los usuarios, con calidad, eficacia y oportunidad, máxime, cuando el estado de una enfermedad este afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, de ser necesario practicar los exámenes necesarios para garantizar el diagnóstico y el seguimiento, para el restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que impidan llevar su vida en mejores condiciones.

DEL CASO EN CONCRETO

En primer término, señala la demandante, que no cuenta con los soportes que demuestren los gastos en que incurrió durante 20 días que su menor hijo estuvo hospitalizado en la Clínica Los Ángeles en la ciudad de Pasto, ni lo que ha tenido que comprar como insumos para la colostomía y medicamentos, sin embargo, solicita que los mismos sean reconocidos de acuerdo a la relación presentada con la demanda y ante el evidente incumplimiento de SALUD TOTAL EPS-S S.A., en su cumplimiento como prestadora del servicio de salud.

Al respecto, efectivamente revisado el plenario, el único gasto que se encuentra demostrado, con factura de venta, es fue la compra del medicamento Enterogermina, por la suma de \$94.300, cuyo pago fue ordenado en Primera Instancia; sin la demandante, allegara alguna de los pagos que efectuó directamente para la atención de hijo durante la

hospitalización en la Clínica Los Ángeles de Pasto, ni de los insumos requeridos para su limpieza diaria, producto de la colostomía que le fue practicada al menor, simplemente se limitó a presentar una relación informal de los presuntos valores y conceptos de sus gastos, los cuales no cuentan con un respaldo que permita efectivamente determinar con exactitud los valores cancelados por la señora Perdomo Ovalle, para la atención de su hijo.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 167 del CGP, *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”*, razón por la cual, estaba la demandante, en la obligación de demostrar los hechos en que sustentaba su petición de reembolso de gastos médicos, para lo cual debió allegar dentro del presente juicio, las respectivas facturas de venta, que acreditaran las sumas de dinero que tuvo que pagar directamente para la atención médica de su hijo, carga probatoria con la que no cumplió, razón por la cual resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, en este sentido.

Ahora, en cuanto a la inconformidad de la demandada, quien pide se revoque la sentencia impugnada, pues, la actora desistió del control médico ordenado y además, no se encuentra demostrada la negación de ningún servicio de salud, para que se deba reembolsar la suma ordenada por el a-quo; basta indicar, que para la fecha en que se profirió la decisión de Primer Grado, SALUD TOTAL EPS-S S.A., no le había asignado al menor cita de medicina general y control de crecimiento, la cual requería para efectos de determinar su peso y estatura, información necesaria para la programación de la cirugía que se encontraba pendiente por practicarle, en ese sentido, el hecho de que la actora, haya desistido posteriormente de su programación, no significa que la demandada, no se encontrara en incumplimiento al no haber asignado oportunamente dicha atención al menor.

Asimismo, de acuerdo a los hechos relatados en el escrito de demanda, es claro que se presentaron continuos inconvenientes en la atención del menor y en el suministro de los medicamentos e insumos que requería para su atención, por lo que, incumplió la demandada, con su deber de atención integral del paciente, y es por ello, responsable de los gastos que la progenitora del menor tuvo que asumir directamente y logró demostrar dentro de la presente acción judicial, de ahí que mal puede exonerarse a la EPS, de la devolución de este dinero, cuando su responsabilidad no se limita a la autorización de uno servicios o tecnologías, sino que también es su deber la atención debida para entrega y suministro a los afiliados. En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia apelada.

Sin costas en esta Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

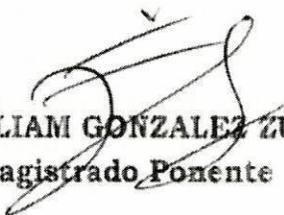
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 15 de febrero de 2021 dentro del proceso sumario laboral promovido por **JENNIFER DEL PILAR PERDOMO OVALLE** contra **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, por las razones expuestas.

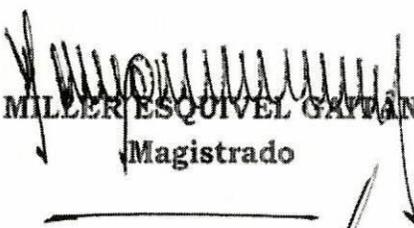
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

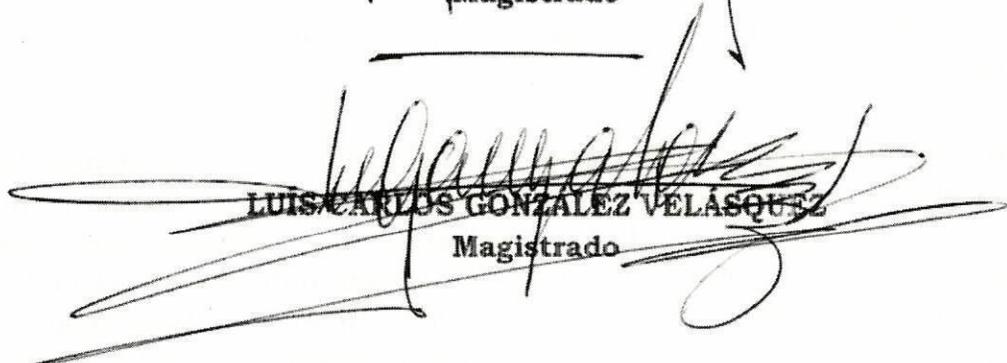
TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110012205000202000603-01

**SUMARIO ADELANTADO POR JULIO CÉSAR SILVA BOHÓRQUEZ
CONTRA MÉDICOS ASOCIADOS S.A. CON LA VINCULACIÓN DE LA
NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA
PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A.**

Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada MEDICOS ASOCIADOS S.A., contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 7 de diciembre de 2018, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **JULIO CÉSAR SILVA BOHÓRQUEZ** contra **MÉDICOS ASOCIADOS S.A.** con la vinculación de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A.**

ANTECEDENTES

JULIO CÉSAR SILVA BOHÓRQUEZ, actuando a nombre propio, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para obtener el reembolso de \$24.537.527, por concepto de atención de urgencias y cirugía, en el Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, por más de 8 años, insistió a través del médico general, oftalmólogo y optómetra de la EPS, en un diagnóstico por visión borrosa, sin obtener ninguna respuesta, razón por la cual consultó a la Fundación Oftalmológica Nacional, donde le ordenaron un examen de campo visual el cual tuvo que pagar como particular; que, el diagnóstico encontrado fue *alteración de campo visual bitemporal y tumor benigno de la hipófisis*; que, se le ordenó una resonancia magnética cerebral con contraste y creatinina, imágenes diagnósticas que tuvo que cancelar directamente en la IPS GHOSTIKA; que, a través de MEDICOS ASOCIADOS S.A., obtuvo una cita

con neurología para el 17 de marzo de 2016, pero, luego fue cancelada por teléfono y se la reprogramaron para el 19 de marzo de 2016, sin embargo, el médico Héctor Hernán Venegas, le dijo que, él estaba en un alto riesgo de quedar ciego, por lo que le recomendó que se fuera de urgencias, para que lo hospitalizaran y le practicaran de inmediato una cirugía.

Manifiesta que, siguiendo el consejo de su médico, ingresó a urgencias y fue hospitalizado el 19 de marzo de 2016, pero no le practicaron ningún procedimiento, porque el neurocirujano se encontraba de viaje, dando orden de salida; que, el 28 de marzo de 2016, tuvo cita con el neurocirujano, quien le ordenó otros exámenes de tipo hormonal y el 27 de abril de 2016, finalmente el especialista le ordenó la cirugía requerida y le indicó que no podía hacerse a través de la nariz, sino que era intracraneal; pero, ante la falta de claridad en el procedimiento que el neurocirujano de la EPS, le ordenó, decidió acudir a la Fundación Santa Fe, para obtener otro concepto, allí fue atendido por un prestigioso neurocirujano, quien le aseguró que la cirugía debía hacerse transfenoidal, es decir, por la nariz, sin abrir el cráneo, pero que debía hacerlo de forma inmediata, porque la pérdida de la visión era inminente, mientras no se le realizara el procedimiento, recomendándole nuevamente consultar con el especialista de su EPS; sin embargo, la accionada, se limitó a informarle que la cirugía iba a ser intracraneal y que estaba programada para el 19 de mayo de 2016, a lo que les manifestó que necesita el concepto de otro neurocirujano, pero, le indicaron que otro especialista con que contaba ala EPS, había renunciado y sólo quedaba el médico que ya le ordenado la cirugía por el cráneo, solicitó entonces una cirugía menos invasiva, pero, como la EPS, no se pronunció, se vio obligado a acudir a la Fundación Santa Fe, donde el 26 de mayo de 2016, se le practicó una *resección transfenoidal por tumor de hipófisis*, procedimiento y hospitalización que canceló directamente, ante la urgencia de la intervención y la imposibilidad de que la EPS le programara una cirugía inmediata y con el procedimiento menos invasivo (fls. 1-3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la presente acción la FIDUPREVISORA S.A., como vocera y administradora de los recursos del FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, vinculada al proceso mediante auto del 29 de septiembre de 2016 (fl.49), aclaró que el demandante hace parte de la región 2, cubierta por el contrato de prestación de servicios No. 12076-003-2012 con la UNION TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012, en cuya cláusula cuadragésima primera se pactó que *“la sociedad no asume responsabilidad frente a los usuarios objeto del presente contrato cuando estos sean prestados en forma irregular o deficiente o no sean prestados por cualquier causa”*, razón por la cual solicitó requerir a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud contratados por el fideicomiso FOMAG, Fondo este que tiene la función de garantizar la prestaciones de los servicios médico – asistenciales de sus afiliados y beneficiarios, sin que por tanto, sea el

competente para responder por las prestaciones objeto de demanda. Propuso las excepciones de falta de capacidad jurídica y buena fe (fls. 97-101).

La demandada MEDICOS ASOCIADOS S.A., guardó silencio al respecto.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 7 de diciembre de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando a MEDICOS ASOCIADOS S.A., pagar al demandante \$24.537.523, pues, desde que insistió en los síntomas de visión borrosa, no se le prestó la atención requerida, obligando al paciente a acudir a una IPS ajena a su red prestadora, ordenándole un manejo diferente al recomendado por la EPS, además hubo falta de oportunidad y continuidad en su atención, y aun cuando se le expidieron las autorizaciones correspondientes, no se evidencia continuidad en la atención y mal podía obligarse al accionante, a entender por qué la cirugía intracraneal propuesta por el especialista de la EPS, no representaba mayores riesgos que la transfenoidal, pues, es un derecho de los usuarios ser informados de los riesgos de cada procedimiento.

En cuanto al responsable del pago del reembolso solicitado, indicó el a quo, que, correspondía a MEDICOS ASOCIADOS S.A., y no a la FIDUPREVISORA S.A., como vocera y administradora del FOMAG, pues, conforme a la guía del usuario expedida por esta última, el prestador del servicio de salud era el obligado a la devolución de los gastos médicos; no obstante, de no realizar el pago la Fiduciaria, debía descontar del contrato suscrito con la EPS, el valor del reembolso, con la finalidad de responder por la obligación dineraria a cargo del FOMAG (fls. 104-109).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación MEDICOS ASOCIADOS S.A., interpuso recurso de apelación, indicando que no le corresponde realizar el reembolso ordenado porque no es la aseguradora en salud del actor, ya que, tal función le corresponde exclusivamente al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, a quien la FIDUPREVOSORA S.A., le administra los recursos destinados al servicio de salud de los docentes y sus beneficiarios; además, que, el demandante, acudió libremente ante un particular para la practica de un procedimiento quirúrgico, sin que en momento alguno, se le haya negado por parte de esa Entidad, la prestación del servicio, sino que él quiso practicarse un procedimiento quirúrgico diferente al sugerido por su médico tratante y adscrito a la red de servicios correspondiente; razones por la que pide, que se revoque la sentencia de Primera Instancia, y se exonere de toda

responsabilidad, pues, actuó dentro de los postulados de la buena fe, oportunidad, pertinencia, racionabilidad y responsabilidad, teniendo en cuenta la patología del paciente y la administración de los recursos públicos (fls. 116-118).

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999¹.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por el demandante, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, que ordenó el reembolso de los gastos médicos reclamados por el actor, o si, por el contrario, debían negarse las pretensiones de la demanda, como lo alega la demandada, en su recurso.

DEL REGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD APLICABLE A LOS DOCENTES Y SUS BENEFICIARIOS

De acuerdo a lo señalado por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social, conservó unos regímenes especiales, cuyos titulares se encuentran excluidos de la aplicación de la normativa general, dentro de los cuales está el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG, que rige por sus propios estatutos, creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, encargado de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales requeridos por los docentes y sus beneficiarios, de conformidad con las instrucciones impartidas el Consejo Directivo del Fondo, así se advierte en los artículos 3 y 5 de dicha Ley, que señalan que las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales, tanto de los docentes activos y pensionados como de sus

¹ Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"...las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia"*.

beneficiarios, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal, esto es, la Fiduciaria La Previsora S.A., según Escritura Pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C.

Igualmente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 dispuso que todos los docentes, con vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para recibir los servicios asignados a este; servicios que, en lo que corresponde a la atención en salud y por disposición de los numerales 1 y 2 del artículo 5° de la Ley 91 de 1989, se encuentran a cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.

Respecto, al régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales activos y pensionados a nivel departamental y los contratos de prestación de servicios, suscritos entre la fiduciaria y las empresa encargadas de la atención de los usuarios, dijo la Corte Constitucional, en sentencia T-496 de 2014, que:

“(...) El numeral 5° de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, dispone que es obligación de la fiduciaria contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente. Corresponde a los comités regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, recomendar al Consejo Directivo las entidades con las cuales se contratará la prestación de los servicios médico-asistenciales a nivel departamental, de acuerdo con la propuesta que presente cada entidad, la que debe reflejar las indicaciones mínimas establecidas por los respectivos comités y avaladas por el Consejo Directivo (Decreto 1775 de 1990, artículo 3°-c)”.

Por tanto, las entidades oferentes en cada uno de los departamentos del territorio nacional son las encargadas de prestar directamente los servicios de salud a los docentes activos, a los pensionados y a los núcleos familiares de éstos y aquéllos, que se encuentren bajo la cobertura según reportes del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En el presente caso, milita a folios 61 a 77 contrato para la prestación de servicios médico – asistenciales No. 12076-003-2012 suscrito entre el FOMAG-FIDUPREVISORA S.A. y la UNION TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012, de la que hace parte la accionada MEDICOS ASOCIADOS S.A.

DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS

Para el recobro de los gastos médicos que deban pagar directamente los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, dispone la guía del Usuario de FOMAG 2010-2016:

“Ñ. Reembolso

Se define como la devolución al afiliado o beneficiario de una suma de dinero por gastos médicos incurridos como causa o consecuencia de las siguientes situaciones:

Urgencias vitales

Cuando el usuario haga uso de una red de servicios distinta a la que el prestador de salud haya establecido para el manejo de estos casos, por razones claramente documentadas y justificadas por la entidad tratante o en caso de una urgencia vital, le serán reembolsados los costos de dichas atenciones, siempre y cuando estén dentro de las coberturas previstas. Se debe cumplir con lo definido en el Decreto 4747 de 2007, en relación con el sistema de autorizaciones, referencia y contrareferencia y disponibilidad 24 horas de Call Center entre otras cosas. Los costos de la atención de la urgencia justificada alternativamente, puede ser recobrada por la IPS al Prestador de salud de la Región del Usuario, máximo a tarifas SOAT.

Cuando se presenten urgencias vitales, las tarifas para el pago de reembolsos serán las tarifas SOAT vigentes, ajustadas acorde con las modificaciones que a esta disposición se hicieran, sin que medie contratación con el prestador. Si existe contratación para la prestación de estos servicios, las tarifas serán las que se hayan pactado en el acuerdo de voluntades sin que estas sean superiores a las SOAT.

Para efectos del reembolso, el usuario o familiares deberán informar por cualquier medio conducente al prestador de salud, dentro de los ocho (8) días calendarios siguientes a la ocurrencia de los hechos, la urgencia presentada. Así mismo, deberá radicar la solicitud de reembolso dentro de los quince (15) días siguientes al egreso hospitalario.

(...)

Casos de deficiencias o no prestación oportuna de servicios

En los casos comprobados por la Auditoría Médica o la Gerencia de Servicios en Salud de FIDUPREVISORA S.A, de deficiencias en las atenciones o la no prestación oportuna de los servicios que haya conllevado a que el usuario utilice una red alterna a la ofertada, el pago del reembolso se hará de acuerdo con el monto que el usuario haya incurrido.

El usuario deberá informar en forma directa o a través de terceras personas, dentro de los ocho (8) días calendarios siguientes a la atención. Así mismo, deberá radicar la solicitud de reembolso dentro de los quince (15) días siguientes al egreso hospitalario a la atención originada en la no prestación oportuna del servicio requerido.

(...)

Requisitos para la solicitud de reembolsos

- Carta de solicitud*
- Original de la factura*
- Copia de la historia clínica del caso*
- Demás soportes que considere pertinentes*

Para efectos de pago, el prestador de salud se obliga a cancelar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la factura, los valores correspondientes a la atención. Queda entendido, y así lo autoriza el Prestador de salud con la suscripción del contrato, que FIDUPREVISORA S.A. descontará la suma facturada cuando se supere el plazo establecido..."

DEL CASO EN CONCRETO

Señala la demandada en su recurso, que el demandante, acudió de manera libre y voluntaria ante un particular para la práctica de un procedimiento quirúrgico diferente al sugerido por su médico tratante, adscrito a su red prestadora; además que no es la Entidad legitimada para el reembolso de los gastos médicos que ordenó la Juez de Primera Instancia, sino que se trata de una obligación a cargo del FOMAG.

En primer lugar, en cuanto al reembolso de los gastos médicos reclamados por el demandante, de acuerdo a las pruebas allegadas oportunamente al plenario, y el concepto rendido dentro del proceso por la médica adscrita a esa Superintendencia Delegada, es claro que el demandante, acudió a la demandada, con un cuadro de pérdida de la visión que no fue oportunamente valorado por esa Entidad, razón por la cual tuvo que acudir a la Fundación Oftalmológica Nacional, donde en consulta del 10 de marzo de 2016, se le diagnosticó pérdida de la visión del campo visual bitemporal de 1 año de evolución, se le ordenó practicarse unas imágenes diagnósticas y valoración por neurocirugía con resultados; posteriormente, el 19 de marzo de 2016, es atendido de urgencias por MEDICOS ASOCIADOS S.A., con diagnóstico de tumor benigno de la hipófisis, pero, es dado de alto, con manejo de medicamentos y recomendación de control prioritario por consulta externa de neurocirugía, el cual sólo se programó para el 27 de abril de 2016, día en el que el especialista le ordenó la práctica del procedimiento quirúrgico transcraneal, sin darle otra opción diferente de intervención, pese a que el actor, le interrogó por la posibilidad de una operación transnasal; viéndose obligado a buscar otro concepto médico, en la Fundación Santa Fe, donde no solo le recomendaron el proceso transnasal, sino que le explicaron las ventajas del mismo, recomendándole al demandante, consultar con otro especialista diferente, pero de su red prestadora de servicios de salud, sin embargo, no tuvo esa posibilidad, porque la accionada, no tenía contratado otro profesional especialista en neurocirugía, negándose una segunda opinión médica, derecho de los pacientes, que de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional, en sentencia T-168 de 2013 *“deben ser despachad[o] con celeridad y buen juicio, bajo fundamentos estrictamente científicos y no por motivos o restricciones administrativas o presupuestales, so pena de conculcar culpablemente los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud y, eventualmente, a la vida misma”*.

Ante el temor fundado, por un procedimiento quirúrgico como el recomendado por el neurocirujano adscrito a la demandada, donde se requiere la apertura del cráneo, para extirpar el tumor que sufría el demandante, resulta comprensible que, habiendo consultado y teniendo conocimiento de la posibilidad de practicarse un procedimiento quirúrgico menos invasivo, éste allá optado, por asumir los costos de una intervención particular, programada con más celeridad, dada la urgencia de su diagnóstico, pues, estaba en riesgo alto de perder la visión y el

procedimiento en la demandada, sólo le había sido programado para el 19 de mayo de 2016 ;además, con mayores garantías para recuperación de su estado de salud sin las posibles complicaciones de una cirugía de alto riesgo.

Así las cosas, se encuentra demostrado que el demandante, requerida una prestación del servicio de salud con carácter urgente y prioritario, que no recibió ni siquiera para el diagnóstico de la enfermedad que lo aquejaba; no tuvo derecho a una segunda opinión médico, ni el especialista de la Entidad Prestadora de Salud de su red de servicios, fue claro en explicarle las posibilidades de tratamiento para el tumor benigno de la hipófisis, que lo aquejaba; por lo tanto, es claro no le garantizó al accionante, una atención integral, para el pleno restablecimiento de su salud, debiendo entonces asumir el reembolso de los dineros que él canceló, en busca de un mejor servicio de salud.

Ahora, en cuanto a la inconformidad presentada por la demandada, en relación a que ésta no es la obligada a la devolución de los gastos médicos objeto del litigio, sino que dicha obligación está a cargo del FOMAG, basta remitirnos a la Guía del Usuario, ya anteriormente reseñada, de donde se desprende que el *prestador de salud* es el obligado al pago del reembolso de los costos que asuman sus afiliados directamente; resultando igualmente acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, en ese sentido, lo que conduce a confirmar la sentencia impugnada.

Sin costas en esta Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

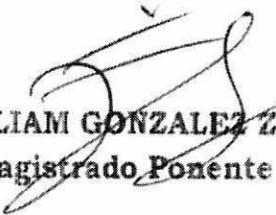
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 7 de diciembre de 2018 dentro del proceso sumario laboral promovido por **JULIO CÉSAR SILVA BOHÓRQUEZ** contra **MEDICOS ASOCIADOS S.A.**, con la vinculación de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A.**, por las razones expuestas.

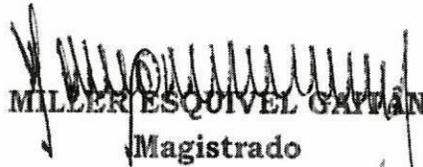
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

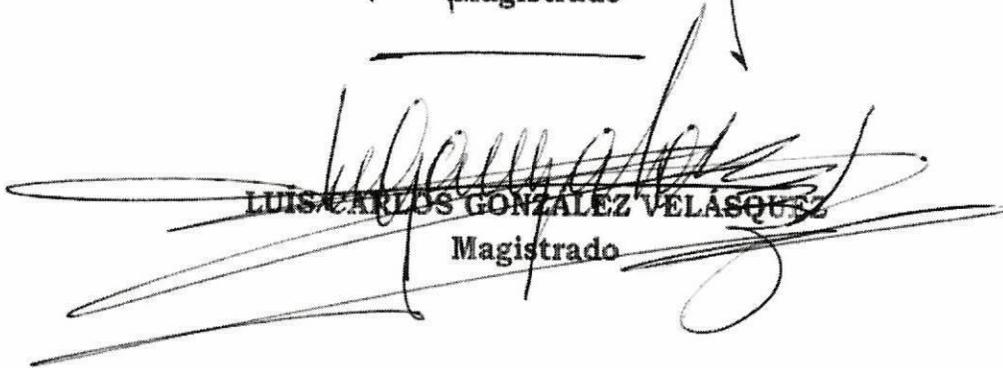
TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105028202000149-01

Bogotá, D.C., 23 de febrero de dos mil veintidós (2022)

ASUNTO: Fuero sindical, permiso para despedir.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de ANA PETRONA AGAMEZ TANO y por representante del Ministerio Público en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de febrero de 2021, por el Juzgado veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso especial de fuero sindical – permiso para despedir - levantamiento de fuero sindical - promovido por el CONCEJO DE BOGOTÁ en contra de ANA PETRONA AGAMEZ TANO y la organización sindical - SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE COLOMBIA – SINPUCOL-.

ANTECEDENTES

Pretende la demandante el levantamiento del fuero sindical de la servidora pública ANA PETRONA AGAMEZ TANO y, en consecuencia, se autorice su retiro del servicio, junto con el pago de las costas procesales. (fl. 2).

Como fundamento de sus pretensiones indicó, en síntesis, que la señora ANA PETRONA AGAMEZ, por medio de la postulación de la concejal Lucia Bastidas, ingresó a laborar el 8 de septiembre de 2015 mediante Acta No. 208 como Asesor 105 en la Unidad de Apoyo normativo del Concejo de Bogotá; el 22 de febrero de 2019 fue elegida en la nueva Junta Directiva del Sindicato de Servidores Públicos de Colombia –SINPUCOL- ocupando el cargo en la Comisión de Reclamos y Resolución de Conflictos, adquiriendo fuero sindical atendiendo su condición de directivo; que el 31 de diciembre de 2019 al terminar el período de la Concejal simultáneamente finalizó el vínculo laboral de la señora ANA PETRONA, sin embargo, la funcionaria al

ostentar fuero de pre-pensionada no fue retirada del servicio y la Mesa Directiva mediante Resolución 050 del 20 enero de 2020, la asignó a la Concejal Dora Lucia Bastidas, quien fue reelegida para el periodo 2020-2023; sin embargo, el 24 de enero de 2020 COLPENSIONES informó a la Directora de la Corporación que mediante Resolución SUB- 262704 del 24 de septiembre de 2019, le fue reconocida la pensión de vejez a la señora ANA PETRONA AGAMEZ, motivo por el que solicita el levantamiento del fuero sindical. (Fls 2-4)

CONTESTACIONES DE DEMANDA

Notificado en legal forma el auto admisorio, la demandada ANA PETRONA AGAMEZ TANO dio contestación en la audiencia celebrada el día 5 de febrero de 2021, en donde se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría precisando respecto de los enlistados de 7 a 9 que lo serían parcialmente por cuanto aún no se encuentra en nómina de pensionados ya que contra el acto administrativo en el que COLPENSIONES le reconoció la pensión interpuso recursos por lo que no se encuentra en firme. No presentó excepciones.

La organización sindical **SINPUCOL**, no dio contestación a la demanda, no obstante su presidente encargado intervino manifestando que la misma estaba debidamente constituida cuya inscripción lo fue el 9 de junio de 2014, creada en procura de defender los derechos de los trabajadores. Tratándose de la demandada señaló que ha fungido como su funcionaria en la comisión de reclamos y resolución de conflictos.

MINISTERIO PÚBLICO

Solicitó que en el momento procesal oportuno se diera traslado de las pruebas allegas por la parte demandada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de febrero de 2021, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: ORDENAR el levantamiento del fuero sindical de la señora ANA PETRONA AGAMEZ identificada con C.C. 40.914.668 y en consecuencia **AUTORIZAR** su despido con justa causa, con fundamento en lo señalado en el numeral 14 del literal a) del artículo 62 del código sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965...”

SEGUNDO: COSTAS. *Lo serán a cargo de la parte demandada y a favor de la accionante, inclúyase como agencias en derecho la suma de 1.000.000.”.*

Para llegar a dicha decisión la A quo precisó que al evaluar la calidad de pre-pensionada que ostentaba la parte demandada (que fue el motivo por el que se le reintegró al cargo) con el reconocimiento pensional por vejez realizado por Colpensiones se configura una justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, siendo procedente el levantamiento del fuero sindical y, en consecuencia, la autorización del despido, atendiendo que la imposibilidad de su registro en la nómina de pensionados se ha debido a que no ha presentado el acto administrativo de retiro conforme lo solicitó Colpensiones en la resolución RUB-262704 en su numeral 2.

DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación tanto el apoderado de la demandada, como el representante del Ministerio Público interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La parte demandada por cuanto no se está teniendo en cuenta el derecho constitucional de ANA PETRONA de libre asociación y escogencia del sindicato, porque a pesar de que le fue reconocida la pensión, se le debió permitir terminar su período como directiva del sindicato.

El Ministerio público porque si bien es cierto en el fallo se accedió a la desvinculación de la funcionaria pública, con lo cual está de acuerdo, no comparte las consideraciones en las que se soportó esa decisión, ya que allí se estableció que la demandada gozaba de la garantía foral pero la causal aducida era justa, cuando evidentemente no gozaba de fuero toda vez que: **i)** en el registro sindical que da cuenta de la inscripción por parte de la señora ANA PETRONA a la junta directiva de -SINPUCOL-, la demandada ocupaba el puesto número 11 siendo que el artículo 407 del CST limita el amparo “a los cinco (5) primeros principales y a los cinco (5) primeros suplentes que figuren en la lista que el sindicato pase al empleador”; **ii)** al ser una empleada de libre nombramiento y remoción en el Concejo de Bogotá como Asesor, Código 105, Grado Salarial 01, conforme al artículo 389 del CST no podía formar parte de la junta directiva del sindicato por ser una empleada de dirección, confianza y manejo, **iii)** no fue elegida como parte de la “comisión estatutaria de quejas y reclamos” acorde al canal democrático dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico; y **iv)** conforme al artículo 406 literal d) del CST en armonía con la sentencia C- 201 del 2002 y la sentencia de la Sala Laboral de la CSJ 36488 del 4 junio 2014 que reitero la sentencia 32474 del 22 marzo de 2013, la demandada no ocupa la garantía de fuero sindical en razón a que pertenece a “la comisión de quejas y reclamos”,

puesto que ella fue elegida para la comisión de reclamos y resolución de conflictos, junta directiva que no es equivalente a la comisión estatutaria de quejas y reclamos dispuesta legalmente, y aun si estuviéramos hablando de “la comisión estatutaria de quejas y reclamos” dispuesta legalmente no probó que haya sido electa por el canal democrático a través de la discusión interna de todas las organizaciones sindicales existentes en el Concejo de Bogotá; de manera que a no existir garantía de fuero sindical por parte de la demandada no hay que levantar.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al levantamiento del fuero sindical de la demandada por reconocimiento de la pensión de vejez, para lo cual debe verificarse su calidad de aforada.

DE LA EXISTENCIA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL SINPUCOL Y LA CALIDAD DE AFORADA DE LA DEMANDADA

No es objeto de controversia en esta instancia la existencia de la organización sindical denominada SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS “SINPUCOL”, la que además se corrobora con la constancia de registro modificación de la junta directiva y/o comité ejecutivo de una organización sindical expedido por el Ministerio de Trabajo obrante a folio 58.

Otro tanto se predica de la garantía foral de la que goza la demandada, señora ANA PETRONA AGAMEZ TANO, al ser miembro de la comisión de reclamos y resolución de conflictos de dicha organización sindical, conforme se observa en la ya referida constancia que milita a folio 58, la cual, al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 2º del Artículo 406 del CST, demuestra para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical, ello en concordancia con lo previsto en el último inciso del Artículo 118 del CPTSS, por lo que al no haber sido tachado ni refutado de falso dicho documento da fe de lo allí expresado; amén de que tal condición fue informada por el propio CONCEJO DE BOGOTA como entidad empleadora según lo expresado en el hecho sexto de la demanda, lo que de suyo excluye los reparos del Ministerio Público encaminados a controvertir la legalidad de la elección de la demandada como directiva en razón de su cargo como Asesora, así como que la comisión de reclamos y

resolución de conflictos de la que es miembro es la única de tal naturaleza que reconocida legítimamente por la entidad empleadora.

Al respecto el artículo 406 del C.S.T., modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000, establece cuales son los trabajadores que gozan de la garantía del fuero sindical, así:

“ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Están amparados por el fuero sindical:

a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;

b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;

c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;

d) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos.

PARAGRAFO 1o. Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

PARAGRAFO 2o. Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador.”.

(Negrilla fuera de texto)

Del mismo modo, el artículo 118 del CPTSS enseña:

“ARTÍCULO 118. DEMANDA DEL TRABAJADOR. <Artículo modificado por el artículo 48 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La demanda del trabajador amparado por el fuero sindical, que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo o trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral, se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 113 y siguientes.

Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la elección, se presume la existencia del fuero del demandante.” (Negrilla fuera de texto)

DE LA GARANTÍA DE FUERO SINDICAL

El fuero sindical es una garantía de rango constitucional que cubija a los trabajadores y a los empleados públicos que hagan parte de las directivas de los sindicatos, que sean sus miembros adherentes o fundadores de organizaciones sindicales, además a quienes pertenecen a la comisión única de reclamos, para permitirles cumplir libremente sus funciones en defensa de los intereses de la asociación, sin que por esto sean perseguidos o sean sujetos de represalias por parte de los empleadores. En virtud del fuero sindical, los empleadores que quieran despedir empleados aforados, deberán invocar una justa causa previamente calificada por el Juez Laboral tal y como indicó la A quo.

Entonces, para los casos de despido, la protección no es absoluta, sino que esta depende de que se configure una justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo, la cual debe ser previamente calificada en vía judicial, misma que al no haber sido controvertida por ninguno de los recurrentes en la apelación, impone la confirmación de la sentencia atacada.

En efecto, el reproche de la pasiva consistió exclusivamente en que, sin perjuicio del reconocimiento pensional a la demandada, debió permitírsele terminar su período como directiva del sindicato en desarrollo de su derecho constitucional de libre asociación y escogencia del sindicato, argumento que no es de recibo por la potísima razón que al declararse tal situación -reconocimiento pensional- como una justa causa de fenecimiento del vínculo laboral, claro es que la condición de sindicalizada, y con ella, la de aforada, también culmina, pues todas las garantías que se derivan del fuero sindical deben ser acatadas y respetadas por los empleadores durante el término de vigencia del contrato de trabajo, de ahí que una vez terminado éste, ningún derecho a permanecer en la organización sindical se mantenga, lo cual de ningún modo desconoce su derecho de asociación sindical habida cuenta que la organización sindical de la que la señora ANA PETRONA es miembro, se conforma por *“servidores públicos que presten sus servicios en entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital o municipal, sin distingo de su manera de contratación”*, tal y como lo prevé en sus artículos 1 y 6 de sus estatutos (fls 73-81).

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada ante el resultado desfavorable de su recurso, las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

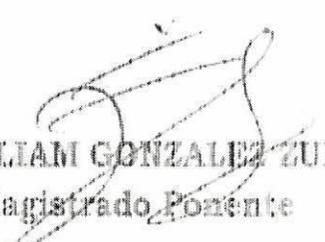
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso especial de fuero sindical levantamiento de fuero sindical - permiso para despedir promovido por CONCEJO DE BOGOTÁ en contra de ANA PETRONA AGAMEZ TANO, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

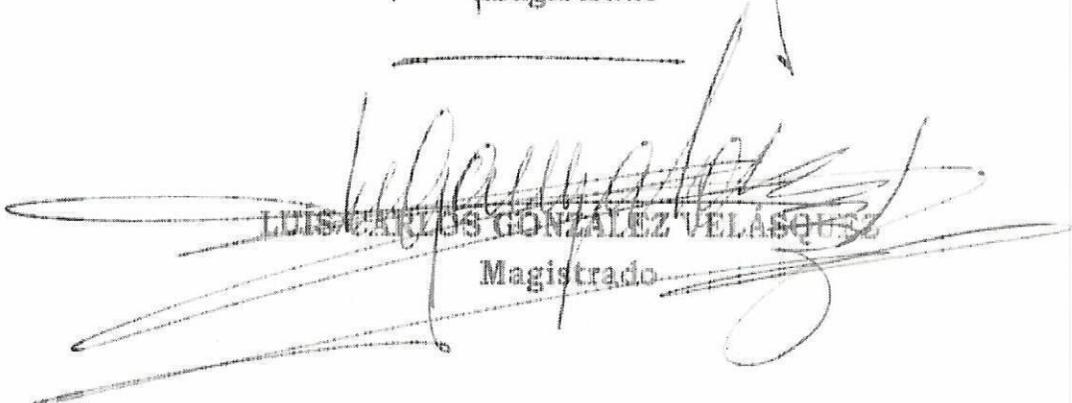
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada recurrente. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$800.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYMÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado