

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Sumario
RADICADO:	11001-22-05-000-2021-00101-02
DEMANDANTE:	HÉCTOR ORLANDO BENAVIDES RODRÍGUEZ
DEMANDADO:	MAGISALUD UNIÓN TEMPORAL 2 – COSMITET LTDA.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 3 de febrero de 2022
JUZGADO:	Superintendencia Nacional de Salud
TEMA:	Rembolso gastos médicos
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 del Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por **MAGISALUD UNIÓN TEMPORAL 2 – COSMITET LTDA.** contra la sentencia de 3 de febrero de 2022, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro del Proceso promovido por **HÉCTOR ORLANDO BENAVIDES RODRÍGUEZ** contra **MAGISALUD UNIÓN TEMPORAL 2 – COSMITET LTDA. Y OTROS**, con radicado No. **11001-22-05-000-2021-00101-02**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El señor HÉCTOR ORLANDO BENAVIDES RODRÍGUEZ, presentó petición ante la Superintendencia Nacional de Salud contra **MAGISALUD UNIÓN TEMPORAL 2-COSMITET LTDA.**, para que, mediante sentencia judicial, se ordene el reconocimiento y pago de la suma de \$29.780.000 correspondiente al valor que asumió el reclamante por concepto de prótesis.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que el 12 de junio de 2016 mientras operaba su motocicleta, fue víctima de un accidente de tránsito que le generó la pérdida de su pierna derecha; que al iniciar las terapias de rehabilitación su médico tratante le indicó la importancia de obtener un prótesis que le permitiera llevar una vida digna; que la cobertura del SOAT cubrió gran parte de su tratamiento, excepto el valor de la prótesis anotada; es por ello que su familia se dirigió a MAGISALUD UNIÓN TEMPORAL 2 – COSMITET LTDA., a fin de reclamar su reconocimiento, la cual fue negada de manera verbal por esta entidad; que su familia asumió el pago de la prótesis a través de un crédito; que el 10 de enero de 2017 solicitó el reembolso del gastos asumidos, sin embargo a la fecha de presentación de la demanda no ha recibido respuesta alguna.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA, COSMITET LTDA.²

La entidad de salud, a través de apoderado judicial, presentó oposición a las pretensiones incoadas en su contra y, como argumentos de defensa, adujo para el efecto que respecto de la entidad nunca se ejecutó el procedimiento de referencia y contrareferencia contemplado en la Resolución 4747 de 2007, pues la atención de urgencias prestada por la Fundación Valle de Lílí se cargó en su totalidad al SOAT a través de la Aseguradora La Previsora S.A., por accidente de tránsito, amén que el reclamante nunca informó o solicitó autorización para la continuidad en la

¹ Fs. 1-4 Expediente Digital

² Fs. 51-56 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

prestación de los servicios en la IPS Cosmitet Ltda., ni acudió ante sus profesionales para el respectivo trámite del servicio que ordenó el suministro de la prótesis.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación a cargo de Cosmitet Ltda. y la innominada.

FIDUCIARIA LA PREVISORA-FIDUPREVISORA S.A.³

La vinculada **FIDUCIARIA LA PREVISORA-FIDUPREVISORA S.A.** como vocera y administradora de los recursos del **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG**, se opuso a las pretensiones formuladas en el *libelo* genitor, aduciendo que pese a administrar los recursos pertenecientes a un régimen excepcional en salud, por vía de un contrato de fiducia mercantil, no hace parte del régimen de los docentes, y por ende no se le permite atender pacientes o informar sobre procedimientos médicos. Agregó, que la responsabilidad frente a los inconvenientes ocasionados por los servicios de salud que se presta a los afiliados y beneficiarios del Magisterio es trasladada a las Uniones Temporales contratadas para prestar el servicio, por lo que son estas quienes deben dar respuesta a los pedimentos del actor.

Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de capacidad jurídica y buena fe.

ACTUACIÓN PROCESAL⁴

La Superintendencia Nacional de Salud profirió la sentencia S2018-000586 del 29 de junio de 2018, la cual, una vez conocida por esta Sala de Decisión, fue declarada nula mediante providencia del 15 de abril de 2021, ordenándose a la entidad de vigilancia y control rehacer la actuación.

³ Fs. 139-153 Expediente Digital

⁴ Fs. 161-171 y 241-159 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Sentencia S-2020-000050 del 3 de febrero de 2022, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, ordenó a MAGISALUD UNIÓN TEMPORAL 2 – COSMITET LTDA., reconocer y pagar al señor HÉCTOR ORLANDO BENAVIDES RODRÍGUEZ la suma de \$29.780.000 dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia; ordenó a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA-FIDUPREVISORA S.A.** como vocera y administradora de los recursos del **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG**, que en caso de que COSMITET LTDA., no realice el pago dentro del término señalado, proceda a descontar dicho valor del contrato suscrito y efectué el pago al demandante.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, previa mención de las pruebas documentales aportadas, que la atención prestada por MAGISALUD UNIÓN TEMPORAL -2 COSMITET LTDA. no fue eficiente ni oportuna, ya que no se evidencia orientación o respuesta dada al actor o a sus familiares acerca de los trámites requeridos para la autorización de la prótesis que le fue ordenada, así como tampoco la entrega de un formato de negación de servicios suscritos por los profesionales de salud encargados por el prestador de servicios para el efecto, vulnerando así los derechos del afiliado establecidos en el numeral 4.2 del artículo 4 de la Resolución 4343 de 2012 y las Circulares 047 de 2007 y 049 de 2009, lo cual presenta como agravante la condición de discapacidad del demandante, quien ostenta la calidad de sujeto de especial protección constitucional. Agregó, que si bien la adquisición de la prótesis no constituida una urgencia propiamente dicha, en el caso de amputación de cualquier miembro, conviene conseguir esta lo antes posible como quiera que es indispensable para mejorar la calidad de vida del paciente.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de MAGISALUD UNIÓN TEMPORAL 2 – COSMITET LTDA., presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, manifestó que en los

⁵ Fs. 287-312 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

eventos por accidente de tránsito la atención inicial y hasta por 800 salarios mínimos legales diarios legales vigentes le corresponde al SOAT, y solo a partir del agotamiento de dichos recursos se debe requerir y convocar a la Entidad Prestadora de Salud o a la Institución Prestadora del Régimen de Excepción. Agrega, que el paciente a motu proprio y sin convocar o requerir los servicios de Cosmitet Ltda., adquirió la prótesis el 28 de octubre de 2016, y aun después de ello, la Fundación Valle del Lili le continúa prestando atenciones con Fisiatría, Ortopedia y Fisioterapia con cargo al SOAT La Previsora, como así obra en el expediente, de suerte que resulta improcedente el reembolso reclamado, porque no existe constancia del momento en el cual se agotaron los recursos del SOAT, o si en efecto ello ocurrió, amén que cuando el actor reclamó el reembolso a la demandada, ya contaba con la prótesis, sin que además, se evidencie otro requerimiento en fecha anterior.

De otro lado, afirma que la sentenciadora de primera instancia fincó su decisión en un informe técnico científico emitido por la Dra. Alejandra Rojas, de quien la entidad desconoce su contenido, así como sus calidades e idoneidad, precisando que sobre ella no se dio la oportunidad de contradicción frente a quien la interpone, lo cual conlleva la violación del derecho al debido proceso. Aduce que se omitió vincular como litis consorcio necesario a la Aseguradora La Previsora S.A. responsable del SOAT del demandante, e igualmente, requerir a la Fundación Valle del Lili a fin que allegara la historia clínica del paciente, al igual que la hoja de gastos y de facturación de los servicios en que se incurrió, discriminando las entidades aseguradoras a las cuales se cargaron tales servicios, indicando y discriminando los protocolos instaurados en temas de referencia y contra referencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 47474 de 2007 del Ministerio de la Protección Social. Concluye aduciendo que, en todo caso, se desconoció que el actor no cumplió con el término previsto en la Guía del Usuario Fomag 2012-2016 respecto a la oportunidad para reclamar como reembolso los servicios presuntamente no prestados por la entidad.⁶

⁶ Fs.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada⁷, el determinar si MAGISALUD UNIÓN TEMPORAL 2 – COSMITET LTDA., como entidad que administra el Régimen Especial de Seguridad Social en Salud de los Docentes adscritos al Magisterio, está obligada a pagar los gastos en que presuntamente incurrió el peticionario en suma de \$29.780.000 correspondiente a la compra de una prótesis por amputación de su miembro inferior derecho.

CONSIDERACIONES

De esta manera, de un análisis de las pruebas obrantes en el plenario, conforme a los artículos 60 y 61 del CPL, en especial, copia de la cédula de ciudadanía del señor HÉCTOR ORLANDO BENAVIDES RODRÍGUEZ (f. 5), historia clínica de la demandante (fs. 6 a 22), la factura de venta No. OA 2586 (f. 24) y el derecho de petición con solicitud de reembolso radicada ante la demanda (f. 25), probanzas respecto de las cuales se colige, que el promotor de la acción debió asumir el valor de \$29.780.000 por concepto de Prótesis Transfemoral ante Ortopédica Americana Ltda.; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe controversia entre las partes en litigio.

En claro lo anterior, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar que en los términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, los usuarios del subsistema de seguridad social integral en salud y los regímenes especiales, como en este caso, pueden pretender mediante un proceso

⁷ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

verbal sumario el reconocimiento de los gastos médicos, norma que en su literalidad estableció:

*«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 I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. 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 la 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 (...)» (Resalta de la Sala)*

Analizando el texto de la norma anteriormente referida, resulta lógico entender, que si bien las EPS y demás entidades que administran los regímenes exceptuados en salud son las directas responsables de la prestación de los servicios de salud de sus afiliados de forma integral, eficiente y oportuna, a través de las diferentes Instituciones Prestadoras del servicio de Salud – IPS - con las cuales tenga contrato, esa inejecución en los términos previstos por el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, permite habilitar al usuario para que solicite el reconocimiento de los gastos en los cuales incurrió, en caso de haber sido atendido por una IPS que no disponga de contrato de servicios con la respectiva EPS al cual se encuentre adscrito.

No hay que olvidar que los servicios que les corresponde prestar a las entidades que administran el SGSSS y los regímenes exceptuados, deben ser suministrados al afiliado y a su núcleo familiar en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia, para que de esa forma se garantice la protección integral y los demás principios y fundamentos que inspiran el sistema, debiendo destacar que los derechos fundamentales como la salud, la vida y la dignidad humana, son el fundamento de la obligación, como en este caso, de todas las entidades que integran el régimen exceptuado en salud de los docentes adscritos al magisterio, de prestar el servicio de salud sin obstáculo alguno, porque no brindarlo en la forma como lo dispone el ordenamiento jurídico pone en peligro la vida y la integridad física de la persona, más aún, cuando se trata de un sujeto de especial protección

constitucional como lo es el señor HÉCTOR ORLANDO BENAVIDES RODRÍGUEZ, por su condición de discapacidad.

Pues bien, respecto a este asunto, esta Colegiatura de un estudio de la norma seguida en líneas precedentes, evidencia que el legislador en el artículo 14 *ejusdem* la configuración de tres supuestos fácticos para el reconocimiento del mentado reembolso, a saber, la atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, en segundo lugar, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para la atención específica y, finalmente, en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS, se *itera*, ello de una lectura minuciosa de la normatividad.

En tal contexto, de los supuestos fácticos y del estudio de los medios probatorios obrantes al plenario, se evidencia que el reclamo jurisdiccional se centra en aquellas situaciones jurídicas vistas en los enunciados «*atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S.*» 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*».

Ahora, procede la Sala a analizar uno a uno los argumentos presentados por el recurrente y por los cuales, a su juicio, debe revocarse la decisión de primera instancia.

Frente al argumento que la entidad desconoce los topes que le correspondía asumir en la atención por accidente de tránsito prestada al demandante, ya que en estos eventos la normatividad ha enseñado que la atención inicial y hasta por los 800 salarios mínimos diarios legales vigentes le corresponde al SOAT, debe indicarse que para el año 2016, el SMLDV ascendía a la suma de \$22.981, razón por la cual la cobertura que debía asumir el SOAT se limitaba a \$18.385.440.

Al respecto, se tiene que, de acuerdo con la historia clínica obrante en el plenario, el actor estuvo hospitalizado en la Fundación Valle del Lili del 12 al 14 junio de 2022 y durante ese periodo se le brindaron los servicios médicos de acuerdo con las ordenes clínicas relacionadas en el historial, así:

IGUAL MANEJO, SALIDA

ORDENES CLINICAS - EPISODIO: 3696012				
Fecha	Código	Nombre	U. Organizativa	Responsable
12.06.2016	770500	SECUESTRECTOMIA DRENAJE DESBRIDAMIENTO D E FEMUR SOD	UQ Quirófano	EDWIN ALBERTO SILVA YEPES
12.06.2016	841001	AMPUTACIÓN CON COLGAJO CERRADO DE MIEMBRO INFERIOR SITIO NO ESPECIFICADO	UQ Quirófano	EDWIN ALBERTO SILVA YEPES
12.06.2016	911004	ANTICUERPOS IRREGULARES DETECCION (CI RA I PAI EAI) EN TUBO	UT Banco de Sangre	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	911022	PRUEBA CRUZADA MAYOR EN TUBO	UT Banco de Sangre	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	911022	PRUEBA CRUZADA MAYOR EN TUBO	UT Banco de Sangre	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	879201	TOMOGRAFIA COMPUTADA DE COLUMNA SEGMENTO 5 CERVICAL TORACICO LUMBAR O SACRO POR CADA NIVEL (TRES ESPACIOS)	UT Escanografía	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	879111	TOMOGRAFIA COMPUTADA DE CRANEO SIMPLE	UT Escanografía	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	879420	TOMOGRAFIA COMPUTADA DE ABDOMEN Y PELVIS (ABDOMEN TOTAL)	UT Escanografía	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	902212	HEMOCLASIFICACION GRUPO ABO Y FACTOR RH	UT Hematología	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	902210	HEMOGRAMA IV (HEMOGLOBINAHEMATOCRITORECUENTO DE ERITROCITOSINDICES ERITROCITARIO SLEUCOGRAMARECUENTO DE PLAQUET	UT Hematología	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	873420	RADIOGRAFIA DE RODILLA (AP LATERAL)	UT Rayos X convencional	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	871121	RADIOGRAFIA DE TORAX (P.A. O A.P. Y LATERAL, DECUBITO LATERAL OBLICUAS O LATERAL)	UT Rayos X convencional	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	873444-3	PORTATILES PARA ESTUDIOS RADIOGRAFICOS	UT Rayos X convencional	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	873333	RADIOGRAFIA DE PIE (AP LATERAL)	UT Rayos X convencional	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	873312	RADIOGRAFIA DE FEMUR (AP LATERAL)	UT Rayos X convencional	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	890701	CONSULTA DE URGENCIAS POR MEDICINA GENERAL	UE Urgencias adulto	HUGO FERNANDO NIÑO MOTATO
13.06.2016	898241	ESTUDIO DE COLORACION BASICA EN ESPECIMEN CON RESECCION DE MARGENES	UT Patología	EDWIN ALBERTO SILVA YEPES
14.06.2016	902210	HEMOGRAMA IV (HEMOGLOBINAHEMATOCRITORECUENTO DE ERITROCITOSINDICES ERITROCITARIO SLEUCOGRAMARECUENTO DE PLAQUET	UT Hematología	EDWIN ALBERTO SILVA YEPES

PRESCRIPCIONES - EPISODIO: 3696012

Adicionalmente, se le prescribieron y proporcionaron los siguientes medicamentos:

PRESCRIPCIONES - EPISODIO: 3696012							
Fecha	Hora	Medicamento	Dosis	Unidad	Via	Ciclo	Responsable
12.06.2016	06:26	MORFINA JERINGA 1MG/ML X 5ML	5.00	MG	INTRAVENOS	ODUNICA	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	06:26	CEFAZOLINA 1000MG AMP	2000.00	MG	INTRAVENOS	ODUNICA	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	06:26	VACUNA TOXINA TETANICA 40UI/0,5ML VIAL 0,5ML	0.50	ML	INTRAMUSCU	ODUNICA	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	06:26	HIDROMORFONA 2MG/ML AMP 1ML	0.60	MG	INTRAVENOS	ODUNICA	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	06:26	GENTAMICINA SULF 80MG/2ML AMP 2ML	160.00	MG	INTRAVENOS	ODUNICA	VIVIANA MONTOYA SANCHEZ
12.06.2016	08:44	HIDROMORFONA JERINGA PRELLENA 0.2MG/ML X 5ML	2.00	JG	INTRAVENOS	ODUNICA	ANGIE GISELLE OTALVARO PECHENE
12.06.2016	09:01	DIPIRONA 500MG/ML AMP 5ML	2500.00	MG	INTRAVENOS	ODUNICA	JUAN ANDRES CUERVO SOLANO
12.06.2016	09:01	FENTANYL JERINGA PRELLENA 50 MCG/ML 2ML	100.00	MCG	INTRAVENOS	ODUNICA	JUAN ANDRES CUERVO SOLANO
12.06.2016	09:01	MIDAZOLAM JERINGA PRELLENA 1MG/ML X 3ML	3.00	MG	INTRAVENOS	ODUNICA	JUAN ANDRES CUERVO SOLANO
12.06.2016	09:01	NORADRENALINA JG 8MCG/ML X 10 ML	16.00	MCG	INTRAVENOS	ODUNICA	JUAN ANDRES CUERVO SOLANO
12.06.2016	09:01	MORFINA 10MG/ML AMP 1ML	1.00	MG	INTRAVENOS	ODUNICA	JUAN ANDRES CUERVO SOLANO

12.06.2016	09:01	ONDANSETRON 4 MG/2ML AMP 2ML	4.00	MG	INTRAVENOS	DOUNICA	JUAN ANDRES CUERVO SOLANO
12.06.2016	09:01	BUPIVACAJNA 20MG GLUCOSA 300 MG /4ML AMP 4ML	10.00	MG	PARENTERAL	DOUNICA	JUAN ANDRES CUERVO SOLANO
12.06.2016	10:16	NORADRENALINA 3G 8MCG/ML X 10 ML	80.00	MCG	INTRAVENOS	DOUNICA	JUAN ANDRES CUERVO SOLANO
12.06.2016	12:05	DEXMEDETOMIDINA 200MCG/2ML AMP 2ML (3G PRELLENA 100MCG)	100.00	MCG	INTRAVENOS	DOUNICA	JUAN ANDRES CUERVO SOLANO
12.06.2016	13:00	RANITIDINA CLORHID 50 MG/ 2 ML AMP	50.00	MG	INTRAVENOS	C/8H	EDWIN ALBERTO SILVA YEPES
12.06.2016	13:00	CEFAZOLINA 1000MG AMP	1000.00	MG	INTRAVENOS	C/6H	EDWIN ALBERTO SILVA YEPES
12.06.2016	23:00	TRAMADOL 50MG/ML AMP 1ML	50.00	MG	INTRAVENOS	C/8H	EDWIN ALBERTO SILVA YEPES
12.06.2016	23:00	DIPIRONA 500MG/ML AMP 5ML	1500.00	MG	INTRAVENOS	C/6H	EDWIN ALBERTO SILVA YEPES
13.06.2016	07:00	GENTAMICINA SULF 80MG/2ML AMP 2ML	160.00	MG	INTRAVENOS	C/24H	EDWIN ALBERTO SILVA YEPES
14.06.2016	00:00	TRAZODONE 50MG TAB	50.00	MG	VIA ORAL	DOUNICA	MARTHA CECILIA MUÑOZ ACOSTA
14.06.2016	13:00	TRAMADOL 100MG/ML FCD 10ML GÓTAS	12.00	gl	VIA ORAL	C/8H	BEATRIZ EUGENIA OSSA LOPEZ
14.06.2016	13:00	PREGABALINA 75MG CP	75.00	MG	VIA ORAL	C/12H	BEATRIZ EUGENIA OSSA LOPEZ

Aunado a lo anterior, como bien lo reconoce el recurrente y se encuentra registrado en el historial clínico, al actor se le brindaron atenciones médicas interdisciplinarias pre y posquirúrgicas, que se entiende fueron prestadas con cargo al SOAT por estar directamente relacionadas con la urgencia inicial generada por la amputación traumática que sufrió como consecuencia del accidente de tránsito.

En ese sentido, haciendo un análisis bajo los derroteros de la lógica, la sana crítica y la experiencia, es dable concluir que, contrario a lo esgrimido por la pasiva, no resulta plausible sostener que la prótesis o parte de ella se pudo haber sufragado con cargo al SOAT, pues lo cierto es, como ya se indicó, que la cobertura por este seguro llegaba hasta un tope equivalente a \$18.385.440, mientras que la sola prótesis, sin contar todos los servicios médicos, ayudas diagnósticas, exámenes y medicamentos que recibió el paciente, ascendió a la suma de \$29.780.000. En todo caso, si en gracia de discusión se admitiera que se es viable cargar una cuota parte de la prótesis al seguro obligatorio, lo cierto es que ese trámite corresponde única y exclusivamente a la entidad de salud, quien debe adelantar todas las gestiones necesarias a fin de determinar si es posible o no cargar parte del costo de la prótesis que debió asumir el paciente, pero en ningún caso, ello no puede tenerse como un argumento válido para cercenar el derecho de recibir el reembolso de un implemento médico que no se encuentra excluido del plan de beneficios en salud que le es aplicable en su condición de docente adscrito al magisterio.

Frente al argumento de que el actor no hizo el requerimiento a la entidad de salud a adquirir por su cuenta la prótesis que le fue ordenada por el médico tratante,

según se extrae de la historia clínica, hay que señalar que en este caso el actor aduce que sus familiares se acercaron a las instalaciones de MAGISALUD UNIÓN TEMPORAL 2 – COSMITET LTDA. a solicitar la prótesis de forma verbal, pero recibieron respuesta negativa. Lo afirmado por el promotor de la acción se atempera a lo instruido por la propia Superintendencia Nacional de Salud dentro de las Circulares No. 047 de 2007 y 049 de 2008, en las cuales indicó que los entes vigilados está en la obligación de tener oficinas de atención al usuario para recibir las peticiones por cualquier medio, ya sean verbales directamente en sus instalaciones, o por vía telefónica, pagina web o por cualquier medio, de lo cual se desprende que no era una obligación del afiliado presentar por escrito la solicitud de autorización y entrega de la prótesis que le fue ordenada por el médico tratante. Por el contrario, de conformidad con el numeral 4.2 del artículo 4º de la Resolución 4343 de 2012, si era una obligación de la entidad de salud indicar por escrito al afiliado las razones por las cuales le era negado el servicio de salud deprecado, pero en este caso, no se observa el respectivo formato de negación de servicios diligenciado por COSMITET, como tampoco obra la respuesta al derecho de petición que presentara el actor solicitando el reembolso del costo que debió asumir por la prótesis, es decir, en este caso lo que avizora la Sala es que las omisiones son imputables única y exclusivamente a la entidad demandada, más no al promotor de la acción.

En relación con el argumento relativo a que no se le corrió traslado del informe técnico científico emitido por la Dra. Alejandra Rojas, de quien sostiene desconoce su contenido, así como sus calidades e idoneidad, precisando que sobre ella no se dio la oportunidad de contradicción lo cual conllevó la violación del derecho al debido proceso, debe indicarse que si bien esta Sala de Decisión en una primera oportunidad declaró la nulidad de lo actuado por ese hecho, lo cierto es que, como en otras decisiones lo ha precisado este mismo Tribunal⁸, dicho informe técnico no constituye un medio de prueba, sino que representa la valoración y análisis técnico que hace la Superintendencia dentro de su función jurisdiccional de conformidad con el parágrafo 3º del artículo 6º de la Ley 1949 de 2019, por lo que

⁸ Sentencia del 24 de abril de 2018, radicado 11001-22-05-000-2017-02075-01; M.P. María Isabel Arango Secker
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

no era obligatorio que de dicho informe se corriera traslado a la partes dentro del trámite de la primera instancia.

Finalmente, frente al argumento que se omitió vincular como litis consortes a la Aseguradora La Previsora S.A. como responsable del SOAT del demandante y a la Fundación Valle del Lili como entidad de salud que llevó a cabo la atención inicial de urgencias, basta señalar que dentro de la providencia del 15 de abril de 2021, a través de la cual se declaró la nulidad de la sentencia inicialmente emitida por la Superintendencia Nacional de Salud dentro de este asunto, esta Sala de Decisión dejó claro que no se observa ningún yerro por no ser citadas dichas entidades al proceso, “...*dado que al no pretender el actor ninguna condena en su contra, no concurren los presupuestos de que trata el artículo 61 del CGP, en relación con la figura del litisconsorcio necesario, y menos aun cuando lo que se depreca en específico en relación con la Fundación Valle del Lili, es el requerimiento de una prueba que debió ser reclamada a través del escrito de contestación de la demanda.*”

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, no se esgrimió por la recurrente ningún argumento de hecho o de derecho con la identidad y contundencia suficientes para controvertir la decisión de primera instancia, razón suficiente para confirmar la misma en su integridad

Las costas de esta instancia estarán a cargo de MAGISALUD UNIÓN TEMPORAL 2 – COSMITET LTDA. por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

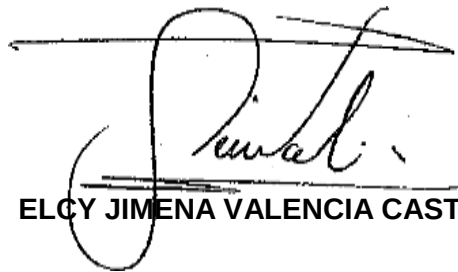
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia S-2020-000050 del 3 de febrero de 2022, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

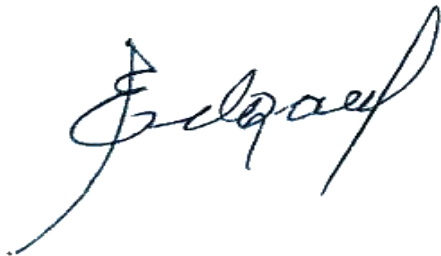
SEGUNDO: COSTAS a cargo de MAGISALUD UNIÓN TEMPORAL 2 – COSMITET LTDA., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Sumario
RADICADO:	11001-22-05-000-2022-01156-01
DEMANDANTE:	DIANA LORENA YEPES RAMÍREZ
DEMANDADO:	CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN
ASUNTO:	Apelación Sentencia 18 de junio de 2020
JUZGADO:	Superintendencia Nacional de Salud
TEMA:	Rembolso gastos médicos
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 del Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDADA contra la sentencia de 18 de junio de 2020, proferida la por Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro del Proceso promovido por **DIANA LORENA YEPES RAMÍREZ** contra **CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN**, con radicado No. **11001-22-05-000-2022-01156-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora **DIANA LORENA YEPES RAMÍREZ**, presentó petición ante la Superintendencia Nacional de Salud contra **CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN**, para que, mediante sentencia judicial, se ordene el reconocimiento y pago de la suma de \$2.563.000 correspondiente al valor que asumió el reclamante por concepto de atención de urgencias.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que en el 5 de octubre de 2016 se le practicó una cirugía de reemplazo de cadera izquierda en la Clínica Esimed Santa Bibiana en la ciudad de Bogotá, por lo cual solicitó a la demandada los viáticos correspondientes al transporte Armenia-Bogotá, Bogotá-Armenia y quince (15) días de hospedaje para ella y un acompañante, recibiendo como respuesta que asumiera los gastos y que estos le serían reembolsados. Agregó, que después de la intervención quirúrgica el médico tratante le indicó que por su estado debía permanecer en la ciudad de Bogotá por veinte días para un control posoperatorio, lo que la llevó a solicitar a la entidad quince (15) días más de hospedaje y alimentación para ella y su acompañante, los cuales fueron aprobados; no obstante, a pesar que desde enero de 2017 obtuvo respuesta positiva para el pago de los gastos que tuvo que asumir, que de acuerdo a la relación que presentó a la entidad, a la fecha no ha recibido el pago.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La entidad de salud, a través de apoderado judicial, presentó oposición a las pretensiones incoadas en su contra y, como argumentos de defensa, adujo que el reembolso reclamado por la accionante se encuentra aprobado, pero que su pago no se ha podido llevar a cabo debido a que la EPS se encuentra en proceso de liquidación, por lo que el pago a cualquier acreedor debe realizarse dentro del marco legal del proceso liquidatorio.

¹ Archivo 1 Expediente Digital

² Archivo 3.1 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: reembolso aprobado, intervención forzosa para liquidar Cafesalud EPS S.A. y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Sentencia S-2020-001068 del 18 de junio de 2020, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, ordenó a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN, reconocer y pagar a la señora DIANA LORENA YEPES RAMÍREZ la suma de \$2.563.000, de conformidad con el proceso de liquidación forzosa fijado en el Decreto 2555 de 2010.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, previa mención de las pruebas documentales aportadas, que vía sentencia de tutela a la demandante se le reconoció el derecho fundamental a la salud y se le ordenó a la otrora Saludcoop, Seccional Quindío, disponer de todo lo necesario para que se llevaran a cabo las valoraciones ordenadas por el médico tratante en las diferentes ciudades del país y que su traslado se diera en condiciones que no afectaran su estado de salud. Asimismo, indicó que, en la respuesta a la demanda, la entidad encartada reconoció que los gastos habían sido aprobados, pero que no ha podido llevar a cabo el pago por el proceso liquidatorio en el que está incurso, es decir, la pasiva aceptó expresamente las pretensiones de la demanda, mostrando su aquiescencia con la postura jurídica de la accionante y, en virtud de ello, lo que era conflicto entre las partes dejó de serlo, deviniendo en fútil la controversia pretérita.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, reiterando que a la fecha la EPS se encuentra en estado de liquidación y cualquier pago a los acreedores debe realizarse en el marco de la normatividad legal aplicable al proceso liquidatorio, pero que una vez revisados los aplicativos de la Entidad, logró evidenciar que a la fecha la parte actora no ha presentado su acreencia ante el proceso liquidatorio, por lo

³ Fs. 287-312 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

que, teniendo en cuenta que el proceso liquidatario es un procedimiento reglado, especial y preferente, el cual debe velar por la protección del principio de igualdad que debe prevalecer entre los acreedores, se debe ordenar a la demandante que se haga parte de proceso liquidatario, radicando su acreencia de acuerdo con los formatos establecidos para tal efecto.⁴

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada⁵, el determinar si la promotora de la acción está obligada en hacerse parte del proceso de liquidación en el que se encuentra CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN para recibir el reembolso de los gastos médicos que le fueron aprobados por valor de \$2.563.000.

CONSIDERACIONES

Inicialmente, lo que debe destacar la Sala es que en el presente asunto no es objeto de controversia el derecho que le asiste a la señora DIANA LORENA YEPES RAMÍREZ debe recibir el pago, a título de reembolso, de los gastos en que incurrió, por valor de \$2.563.000, por concepto de viáticos cuando tuvo que trasladarse desde la ciudad de Armenia a la ciudad de Bogotá para que le practicaran la cirugía de reemplazo de cadera izquierda en la Clínica Esimed Santa Bibiana de esta ciudad, según se desprende de los elementos de prueba obrantes en el plenario, tales como historia clínica (fs. 17-18 archivo 1), sentencia de tutela proferida por el Juzgado Sexto Municipal Penal de Armenia (fs. 8-9 archivo 1), solicitud de reembolso radicada el 7 de julio de 2017 (fs. 6-7 archivo 1) y los oficios del 2 de enero de 2019, 1º de febrero de 2019 y 31 de julio de 2019, mediante los cuales la CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN aprueba la solicitud de reembolso presentada

⁴ Archivo 6.1 Expediente Digital

⁵ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D.C.

por la promotora de la acción. Aunado a lo anterior, la pasiva desde la contestación de la demanda y lo ratifica en el escrito de impugnación, acepta el derecho de la actora al reembolso en la suma antes indicada.

La controversia en esta instancia radica en punto a la solicitud elevada por la pasiva relacionada con ordenar a la parte actora hacerse parte del proceso liquidatorio, para efectos de que sea tenida en cuenta su acreencia dentro del mismo.

Al respecto, ha de precisar el Tribunal que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, al igual que la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A.

Ahora bien, el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

«a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CAFESALUD EPS se constituye en una facultad de su titular, quien

en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación.

En el presente caso, no se advierte prueba dentro del proceso que la accionante haya elevado la correspondiente reclamación de su acreencia dentro del proceso liquidatorio, ya fuera de manera oportuna o extemporánea; no obstante, se considera que no es la Colegiatura la llamada a ordenar a la parte convocante hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de los gastos en que incurrió, por valor de \$2.563.000, por concepto de viáticos cuando tuvo que trasladarse desde la ciudad de Armenia a la ciudad de Bogotá para que le practicaran la cirugía de reemplazo de cadera izquierda en la Clínica Esimed Santa Bibiana de esta ciudad, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte, quien en últimas debe decidir si hace efectivo su crédito o no.

Además, debe tenerse en cuenta que el proceso que ocupa la atención de la Sala inició con posterioridad a la toma de posesión y la intervención forzosa administrativa de Cafesalud EPS S.A., pues nótese que la demanda fue radicada el 9 de agosto de 2019 (f. 1 archivo 1), por manera que la decisión que resuelve el fondo de la controversia, en todo caso deberá ser tenida en cuenta por la liquidación como pasivo cierto no reclamado, incluso en caso que el extremo activo no formule la respectiva reclamación dentro del proceso liquidatorio, pues el liquidador fue notificado de la existencia del presente proceso y concurrió al mismo a través de apoderado judicial a quien le había otorgado poder general para que lo representara en esta clase de trámites judiciales.

Así las cosas, no se accede a la solicitud elevada por la demandada, tendiente a que se ordene a la parte convocante, se haga parte del proceso liquidatorio mediante la radicación de su acreencia, razón suficiente para confirmar la decisión de primera instancia en su integridad.

Las costas de esta instancia estarán a cargo de la parte DEMANDADA por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

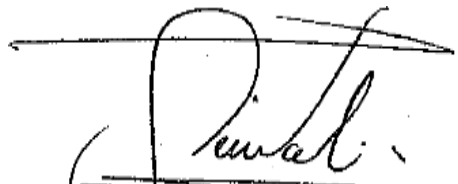
RESUELVE:

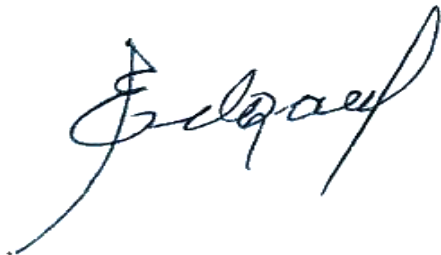
PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia S-2020-001068 del 18 de junio de 2020, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

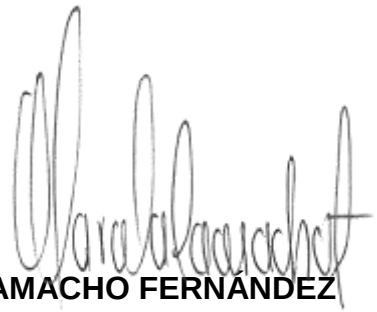
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-013-2019-00893-02
DEMANDANTE:	CAROLINA MOROS CHACÓN
DEMANDADO:	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM
ASUNTO:	Apelación Sentencia 1º de julio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reintegro-Despido sin justa causa
DECISIÓN:	REVOCA PARCIALMENTE

Hoy, once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 1º de julio de 2022, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CAROLINA MOROS CHACÓN** contra **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM**, con radicado No. **11001-31-05-013-2019-00893-02**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora CAROLINA MOROS CHACÓN a través de apoderado judicial, pretende se declare que la demandada CAFAM omitió agotar el debido proceso para dar por terminado el contrato de trabajo aduciendo justa causa, al no citar de manera equívoca y específica la causal de despido en la que presuntamente incurrió y sin dar aplicación previa de los artículos 66 y 67 del Reglamento Interno de Trabajo, lo cual hace ineficaz el finiquito laboral; en consecuencia, se condene a su restitución o restablecimiento en las condiciones contractuales que tenía a la fecha de despido, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales legales, aportes al sistema integral de seguridad social y demás garantías dejadas de percibir desde el momento en que se produjo el despido hasta el momento en que se efectúe su restitución, indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, solicita que se declare que la decisión de finalizar el vínculo laboral, se contrae a un despido sin justa causa, al igual que no le fueron pagadas en su oportunidad legal los salarios y prestaciones sociales adeudadas durante la vigencia de la relación laboral; en consecuencia, se condene a la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, junto con la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que fue vinculada con la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo, a partir del 15 de septiembre de 2017, para desempeñar el cargo de Jefe Sección Laboratorio y Patología Salud, devengando un salario integral de \$10.156.200, cuyas responsabilidades implicaban dirigir y controlar las actividades de toma de muestras y procesamientos del laboratorio clínico, de acuerdo con promesa de servicio y directrices dadas, así como coordinar las acciones pertinentes

¹ Folios 3 a 16 y 80 a 94.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

para mantener y mejorar el sistema de garantía de la calidad implementado en el laboratorio clínico. Agregó que el 27 de junio de 2018, mediante memorando le fueron atribuidos 3 cargos, los cuales venían acompañados de un cuestionario que respondió sin el acompañamiento previsto en el Reglamento Interno de Trabajo y sin la debida defensa técnica. Que igualmente, fue relevada de asistir a su puesto de trabajo, hasta tanto no se terminara el proceso disciplinario, el cual culminó el 9 de julio de 2018, cuando se le dio entrega de la carta que finalización de su contrato de trabajo, misma en la que se le indicó que no ejecutó en debida forma sus funciones, al omitir el deber de supervisión y seguimiento del procesado de las muestras del reactivo Benziral modocycle I, el cual, corresponde a un desinfectante de superficies que se encontraba en prueba al momento de los hechos que fueron objeto de atribución. Indicó que en la carta de despido también se le refirió que las manifestaciones efectuadas por ella no resultaban de recibido, toda vez que las mismas dejan en evidencia la manera ligera e irresponsable con las que asumió sus obligaciones, además porque sus actuaciones presuntamente tuvieron implicaciones administrativas para la empresa, lo cual no fue probado dentro del proceso disciplinario. Señaló que no se le indicaron de manera puntual las normas violadas del Reglamento Interno de Trabajo y del CST para soportar la decisión de despido con justa causa, acotando que fue objeto hasta el momento del despido, de acoso laboral, pues se le impidió ir al baño y una vez notificada, se le desalojó del recinto laboral con el vigilante de turno.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM.²

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que al interior de la empresa no se contempla ningún procedimiento previo para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, ante la comprobación de una falta grave pactada entre las partes. Refirió que en la carta de terminación del contrato de trabajo señaló

² Folios 105 a 136
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

de manera amplia y suficiente los hechos que dieron lugar a la finalización del vínculo laboral, por manera que tal decisión goza de plena validez jurídica por haberse efectuado conforme lo ordena la ley. Concluyó advirtiendo que canceló de manera completa y oportuna todos los salarios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social integral y demás acreencias laborales a que tenía derecho la activa, conforme al salario realmente devengado por ella.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo y la calificación de justa causa por parte de los contratantes, buena fe, prescripción y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1º de julio de 2022, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones pretendidas y no impuso condena en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *a quo* que no se evidencia violación del derecho al debido proceso de la trabajadora, como quiera que la terminación del contrato de trabajo no se considera una sanción disciplinaria y no está sujeta a un trámite previo, a menos que así se hubiere pactado, como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, lo cual no ocurre en el caso analizado; sumando a ello que, a la demandante se le informó debidamente la apertura de un proceso disciplinario en su contra, refiriéndole las conductas que se le endilgaron, y es por ello que, tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción a través de los descargos que rindió y las pruebas que allegó ante su empleadora, de suerte que el despido no resulta ineficaz, menos aun cuando la carta de despido informa de manera clara los hechos y conductas por las cuales se adoptó tal determinación, junto

con las normas que le sirvieron de soporte al empleador. Añadió que, conforme a los descargos rendidos por la demandante, es claro que esta aceptó que incumplió con sus funciones, pues no coordinó el envío de las muestras a la Clínica de Cafam de la calle 51, al señalar que no existía claridad frente a cómo se había realizado el envío de las mismas, no solo dentro del término establecido por la Secretaría de Salud, sino por la misma entidad demandada, pese a ser una función a ella asignada tal y como ella misma lo reconoció, acotando además, que si bien pudo la demandante ser objeto de un percance el 27 de junio de 2018, que tildó de acoso laboral, lo cierto es que el mismo no pudo influir en sus descargos, dado que estos fueron rendidos hasta el 3 de julio de símil año. Concluyendo que se encuentra acreditada la falta que se le endilgó a la trabajadora, la cual daba lugar a la terminación del contrato de trabajo, dado que conforme al contrato de trabajo y el Reglamento Interno de Trabajo, se encuentra calificada como grave la violación de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias, no siendo dable a juez definir esa gravedad. En cuanto a la indemnización moratoria, la falladora de primera instancia absolvió de la misma, al encontrar probado que la pasiva reconoció en debida forma a favor de la trabajadora, todos los emolumentos laborales que se derivaron del nexo laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA** sustenta el recurso de apelación alegando que, conforme al artículo 365 del CGP y atendiendo las resultas del proceso, la sentencia de primera grado debe ser revocada de manera parcial, y sobre el entendido que la parte activa debe ser condenada en costas.

A su turno, la parte **DEMANDANTE** sustenta su recurso de apelación, aduciendo como motivos de disidencia que, al ser la terminación del contrato de trabajo unas de las decisiones más severas que impactan la existencia del vínculo, tal determinación debe ajustarse a un debido proceso, el cual se desarrolla en el Reglamento Interno de Trabajo, máxime que la Corte Constitucional de manera reiterada ha definido unos parámetros mínimos para que se garantice la aplicación de tal garantía fundamental. Así, refiere que a

la aparte activa se le están endilgando las trasgresión de unas normas que no coinciden con la formulación de cargos, sorprendiendo la Juez de Instancia con su mención del artículo 66 del Reglamento Interno de Trabajo que establece las faltas graves, el cual no fue señalado en el pliego de cargos ni en la carta de terminación, en desconocimiento de su derecho a contradecir.

Señaló que en el caso objeto de estudio no se respetó el derecho al debido proceso, por las razones señaladas en los alegatos de conclusión, aunado a que no se determinó en el Reglamento el procedimiento para la determinación de la falta y no se refirieron las normas que tipifican los hechos que le fueron endilgados a la demandante; sumando a ello que, el Juzgado está convalidando un tratamiento de acoso laboral, toda vez que el 27 de julio la separaron del cargo, previo a la presentación de los descargos, vulnerando su dignidad como trabajadora, lo cual debe ser revisado por el Tribunal, al ser un procedimiento no previsto para el efecto.

Dijo que no se encuentra probado el protocolo para elementos desinfección de microbiología, pues todas las declaraciones señalaron que el mismo se encontraba en construcción, por manera que la empresa desconoció la carga probatoria que la competía, acotando que según los declarantes, las decisiones adoptadas sobre la materia por la Secretaría de Salud de Bogotá, no tenían el carácter de obligatorias, sino que su alcance lo era a título de recomendaciones.

Advirtió que el procedimiento de recolección de muestras no fue ordenado por la administración, sino una propuesta sugerida por la bacterióloga Jenny Espejo, que además se concertó con la demandante, para despejar eventuales dudas sobre el uso del desinfectante que es reconocido a nivel mundial como efectivo, resaltando que de ninguna manera se allegó orden de superior que le impusiera tal procedimiento a la trabajadora, como parte de la habilitación de los servicios que se estaba llevando a cabo con la Secretaría de Salud de Bogotá.

Concluyó refiriendo que, no se probó ningún perjuicio generado a Cafam, tampoco se demostró un falso resultado a causa del sistema de refrigeración de las muestras, resaltando que es procedente acceder a la pretensión principal de restitución de la demandante, o en su defecto, a las pretensiones subsidiarias.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes presentaron sus alegaciones esgrimiendo argumentos análogos a los expuestos a sustentar los respectivos recursos de apelación.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al recurso interpuesto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar: si se configuran los presupuestos para fulminar condena a título de reintegro por ineficacia en el acto de terminación del contrato de trabajo, ante el desconocimiento del derecho al debido proceso de la demandante o, si por el contrario, debe revocarse la absolución impuesta por el Juzgado de Conocimiento, al no haberse sustentado el finiquito en una justa causa de despido. Finalmente, de resultar negativas las anteriores premisas, definir si la parte activa debe ser condena en costas.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver los recursos de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa demandada en la contestación del introductorio; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, de los cuales se colige que, Carolina Moros Chacón fue vinculada por la demandada a través de contrato de trabajo a término fijo a un año, desde el 15 de septiembre de 2017, en virtud del cual desempeñó como último cargo, el de Jefe Sección Laboratorio y Patología Salud (fls. 17 a 18), devengando como salario integral la suma de \$10.156.200 (fl. 77); nexo laboral que fue terminado por la demanda aduciendo justa causa, el día 9 de julio de 2018, como emana de la carta de terminación militante a folios 39 a 43; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta reparo en esta segunda instancia.

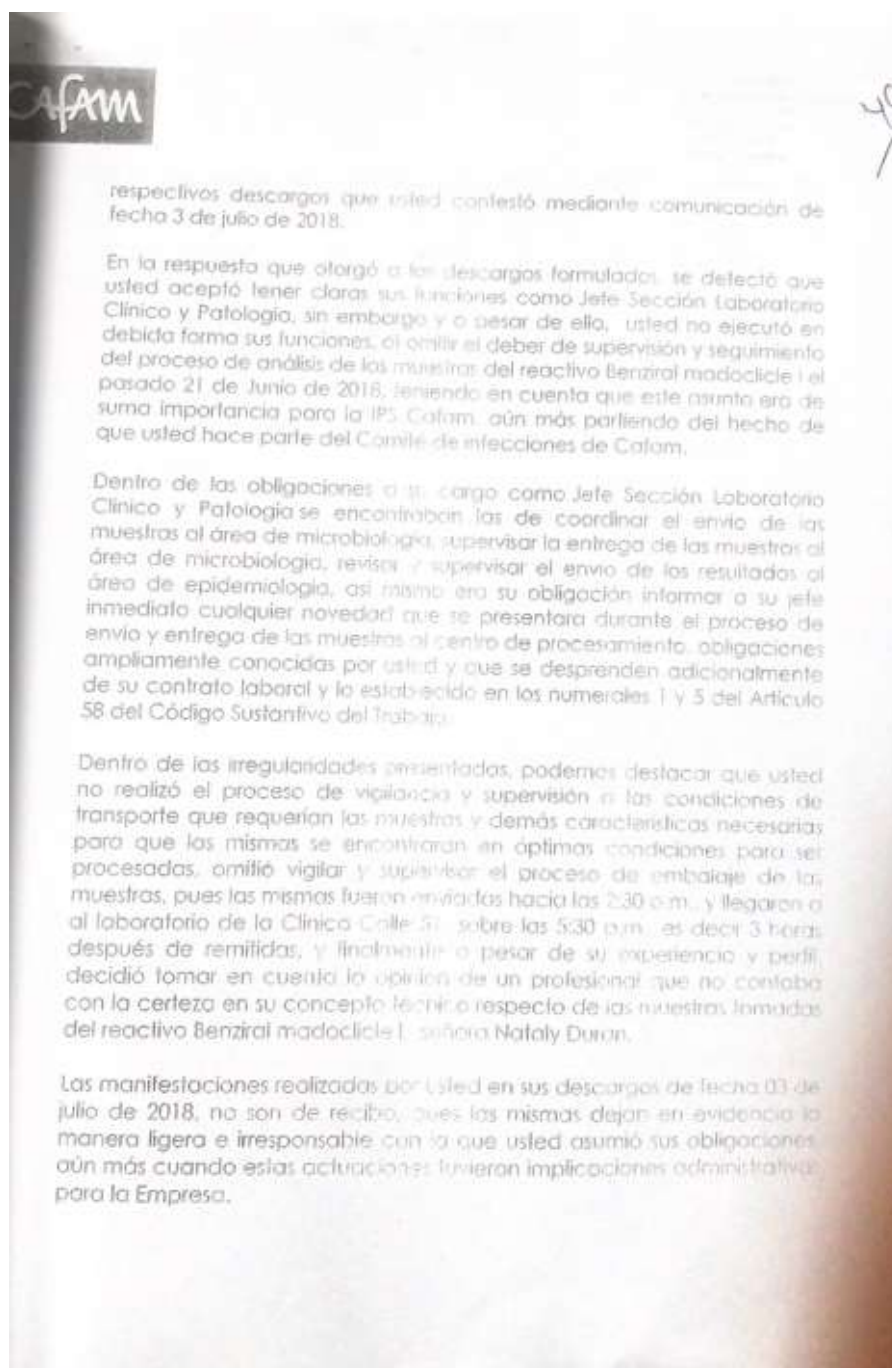
Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar el *petitum demandatorio* bajo los reparos elevados en los recursos de alzada.

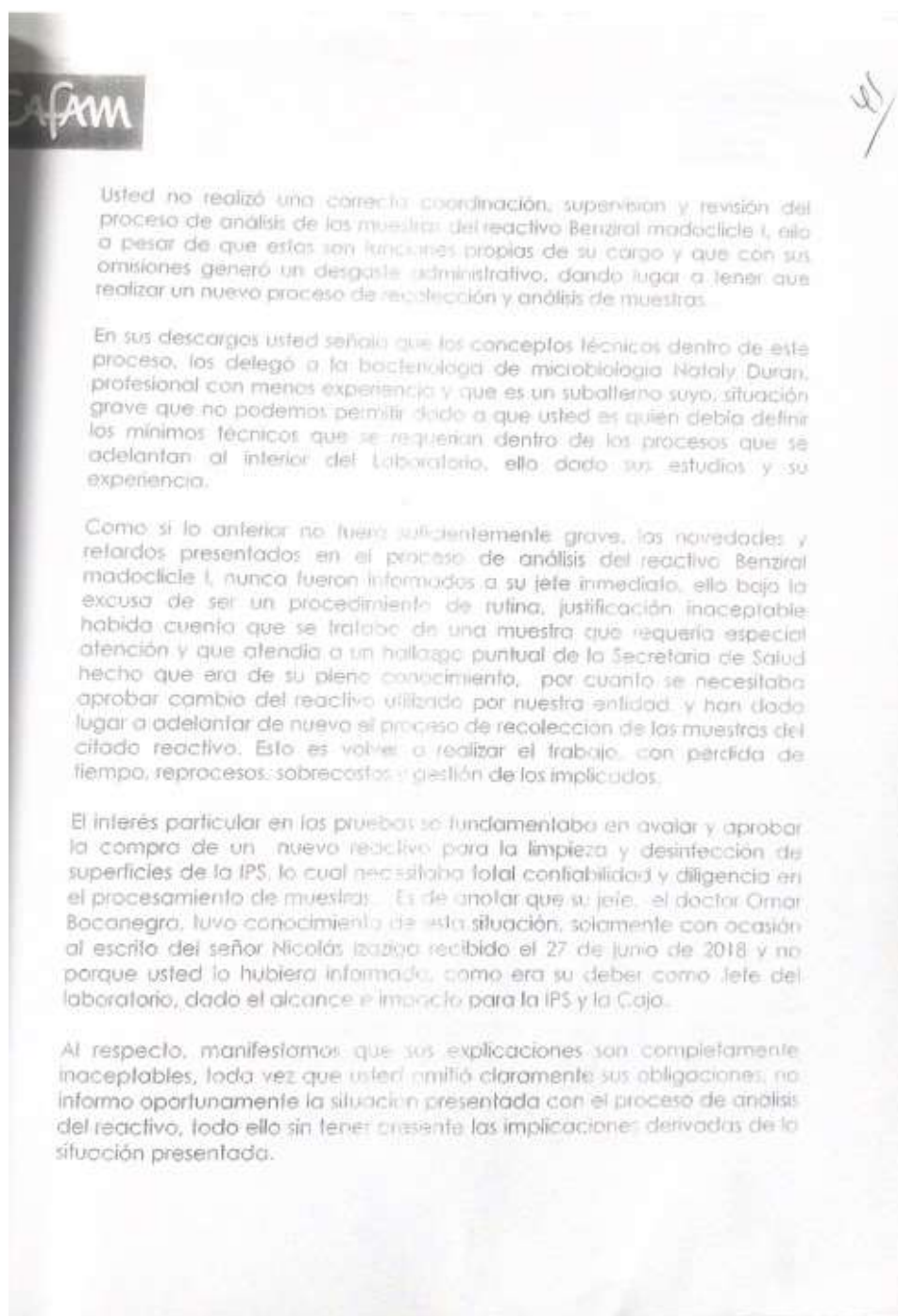
TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO – INEFICACIA DEL DESPIDO – DESPIDO CON JUSTA CAUSA

Preliminarmente, necesario se torna indicar que, bajo el principio de la carga de la prueba, le atañe al ex trabajador demostrar el supuesto del despido y al empleador demandado la justeza en finalizarlo; deviniendo la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persiguen, en virtud del artículo 167 del C.G.P. y parágrafo del art. 62 del CST.

Así, conforme a la carta de despido trasladada a CAROLINA MOROS CHACÓN calendada 9 de julio de 2018 (folios 39 a 43), la terminación del vínculo contractual entre las partes obedeció a la decisión unilateral del empleador, quien para el efecto adujo:

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá





Sobre esa forma de terminación del contrato de trabajo, la parte demandante centra su reclamo jurisdiccional en su ineficacia, dado el desconocimiento por la convocada, de su derecho al debido proceso, al no observar debidamente el procedimiento disciplinario previsto en el Reglamento Interno de Trabajo y no tipificar claramente las conductas que le fueron

endilgadas, esto es, discriminar las normas que evidencia de manera clara, la violación aducida por la convocada.

Será entonces, bajo ese escenario, que se procederá a desatar la problemática planteada; resultando necesario indicar que sobre la institución sustantiva reclamada por CAROLINA MOROS CHACÓN, la Corte Suprema de Justicia ha definido que la violación del derecho al debido proceso por parte del empleador al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, presupone por regla general, el desconocimiento del procedimiento expresamente previsto para despedir al interior de la empresa, dado que la legislación laboral, no exige este procedimiento para terminar el contrato con justa causa.

Así se expresó por la Alta Corporación, al establecer en sentencia SL2351-2020 con ponencia del H. Magistrado Omar Ángel Mejía Amador, que:

«La censura desconoce cuál es el alcance del principio del debido proceso contenido en el citado artículo 29 en estos casos, por lo que se hace necesario reiterar lo que esta Corte estableció al respecto en la sentencia SL 15245 de 2014, así:

i)El alcance del debido proceso del artículo 29 constitucional frente a las actuaciones del empleador a la terminación del contrato de trabajo, en concordancia con la jurisprudencia constitucional

Esta Sala considera, al igual que lo ha dicho la Corte Constitucional¹, que la aplicación del derecho al debido proceso del artículo 29 superior siempre presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es corolario del principio de legalidad; por ello, se estima por esta Corte que, para el evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.

De tal manera que no pudo incurrir el ad quem en el desconocimiento del «debido proceso» en los términos del citado artículo 29 constitucional como lo alega la recurrente, al no aceptar que el despido del actor fue ilegal por no habersele permitido conocer los cargos que se le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Ciertamente, como lo anotó el ad quem, la legislación laboral no exige este procedimiento para terminar el contrato de trabajo con justa causa.

El tribunal no se equivocó al desestimar el argumento del recurrente sobre la ilegalidad del despido, en razón a que estableció que, en el sublite, no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno a seguir previamente al despido y, menos aún, la obligación de escuchar al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir descargos (supuestos fácticos que no fueron objetados por la censura en los cargos formulados por la vía indirecta, como se verá más adelante).» (Subraya y negrilla fuera de texto)

Bajo la égida del criterio jurisprudencial expuesto, resulta claro para la Sala que no le asiste razón a la demandante en su alzada, quien insiste en la ilegalidad de su despido, bajo el argumento que el mismo se produjo con el desconocimiento de su derecho al debido proceso, porque analizado el contrato de trabajo (fols. 17) y el Reglamento Interno de Trabajo (fols. 49 a 74), no se advierte que, en dichos textos reguladores de la relación laboral, se haya previsto un procedimiento previo al despido, y tampoco se allega Pacto o Convención Colectiva de los cuales se pueda establecer que en efecto las partes, lo previeron para dar lugar a la terminación del vínculo con justa causa.

De manera que, la pretensión de la parte activa en torno a la ineficacia del finiquito y el consecuencial reintegro, carece de visos de prosperidad, en la medida que el ejercicio de la facultad de dar por terminado el contrato por justa causa por parte del empleador, no implica agotar un procedimiento disciplinario previo como expresión del derecho al debido proceso, por cuanto en el *sub examine*, el mismo no se encuentra previsto en ninguno de los instrumentos reguladores del vínculo que ató a las partes, a más que en el expediente se encuentra demostrado que la demandante fue citada a descargos, dándosele la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción, como se advierte de las respuestas dadas a los mismos por parte de la trabajadora, que se observan en la documental vista a folios 27 a 38 de las diligencias, a quien además, se le dio un tiempo prudencial para el efecto, pues nótese que la solicitud de descargos le fue entregada el 27 de junio de 2018 (fls. 22 a 25), y esta allegó sus respuestas hasta el 3 de julio de 2018 (fol. 27).

Así, no tiene cabida en el presente caso, exigir la aplicación del procedimiento disciplinario previsto en el Reglamento Interno de Trabajo, pues

la empresa no impuso una sanción a la trabajadora, ya que en realidad, rompió el contrato de trabajo en forma unilateral, la cual por sí misma no constituye una sanción disciplinaria que requiera de un procedimiento previo, a menos que el empleador así lo contemple en sus reglamentos, o que las partes lo convengan a través de la negociación colectiva, contrato de trabajo o cualquier otro pacto expreso, lo que no ocurre en el presente caso, ya que ninguna de las pruebas arrojadas al proceso dan cuenta de ello.

Sobre este aspecto, cabe recordar lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL10297-2017, en la cual moduló:

“Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago. 24 de 2016, rad. 52134 (...).”

Conforme a lo anterior, como quiera que la demandada no aplicó una sanción disciplinaria, sino que hizo uso de su facultad de terminar el contrato, aduciendo una justa causa para el efecto, no estaba necesariamente compelida a adelantar un trámite disciplinario riguroso, circunstancia que impide atender las quejas de la apelante en cuanto a la manera en cómo se desplegó el proceso disciplinario iniciado en su contra, y por ello, se insiste en que en el *examine* no medió una ilegalidad en el despido, y menos aún, es dable acceder al reintegro perseguido.

Siendo importante acotar en este punto, que si bien la activa se duele del tratamiento que le dio su empleador el 27 de junio de 2018, cuando le hizo entrega de la solicitud de descargos, en el sentido que no la dejó salir de una oficina por un período de 5 horas y procedió a separarla del cargo, mientras se resolvía el proceso disciplinario; ha de decir la Sala que si bien tal conducta encuentra respaldo en las declaraciones rendidas por los testigos de la parte activa, lo cierto es que la misma no tiene ninguna incidencia en la decisión de la demandada de terminar el contrato de trabajo, en el sentido de declarar ineficaz el despido, toda vez que como se dijo, a la trabajadora sí se le garantizó el derecho al debido proceso, a más que en la carta de terminación

del contrato de trabajo, contrario a lo referido en la apelación, sí se le discriminaron de manera clara los motivos que dieron lugar a tal determinación, no estando obligado el extremo pasivo a puntualizar las normas que la soportaran, porque la triplicación de la conducta corresponde al juzgador, como acertadamente lo refirió la falladora de primera grado, en apoyo al criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

Con todo, ha de decirse que en el último aparte de la carta de terminación del contrato de trabajo, la empleadora le informó a la trabajadora, que sus conductas constituían un incumplimiento grave a su contrato de trabajo, y que por ello se daba por terminado el nexo laboral, de conformidad con los artículos 58, 60, 61 y 62 del CST, así como lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo en sus artículos 60 y 62 (fl. 42).

Puestas así las cosas, procede la Sala a verificar lo que compete a las pretensiones subsidiarias, esto es, si la empresa convocada en realidad despidió a la trabajadora sin justa causa, para lo cual es de relevancia reiterar que de vieja data ha advertido la H. Corte Suprema de Justicia, que lo imperativo en el documento de terminación de la relación laboral es establecer los supuestos de orden fáctico que rodearon el actuar del ex trabajador, para entonces concretar las causales en los que estuvo inmerso, manifestación vista en la sentencia SL 16214 de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Por manera que, atendiendo la claridad en los hechos anunciados en la misiva de fenecimiento del nexo, evidente emana concluir que CAFAM fundó su decisión en el numeral 6º, literal a) del artículo 62 del CST, norma que en su literalidad enseña:

«ARTICULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. *Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo*

(...)

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada

como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos»

Referente a la prescripción normativa *ejusdem*, juzga conveniente recordar que el juzgador en la especialidad Laboral se encuentra vedado para calificar la gravedad en la justa causa establecida en reglamentos, contratos, pactos, convenciones y fallos arbitrales, cuando ello ha sido parte de la negociación propia de las relaciones laborales; no obstante, cuando la misma no se encuentra reglada como tal, debe el operador jurisdiccional concretar bajo el análisis de las pruebas en conjunto, sí se constituye tal entidad en la falta para que fuera preciso desvincularlo de las labores, cómo lo ha decantado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en la sentencia rad. 39518 del 14 de agosto de 2012 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Bajo tal egida, se advierte que, conforme a la descripción del cargo ostentado por la demandante, esta tenía la obligación de dirigir y controlar las actividades de toma de muestras y procesamiento de laboratorio clínico de acuerdo con promesa de servicio y directrices dadas, para prestar con calidad, oportunidad y pertinencia el servicio a los usuarios, además, debía realizar seguimiento y control del cumplimiento del modelo de atención para la prestación de los servicios de laboratorio clínico, de acuerdo a lo establecido por la normatividad y por la caja para asegurar la estandarización del proceso de prestación en toda la IPS (fl. 19).

A lo anterior, se suma que la demandante en sus descargos reconoció expresamente frente al incidente ocurrido el 21 de junio de 2018, que ella asumió las funciones de coordinar fecha, hora, lugar y profesional para la toma de muestras, alistamiento de los insumos necesarios, informar el procedimiento a realizar, informar y coordinar los lugares donde se tomará el muestreo, supervisar la finalización del procedimiento, coordinar el envío de las muestras al área de microbiología, supervisar la entrega de las mismas, así como revisar y supervisar el envío de los resultados al área de epidemiología. (fl. 28)

Siendo diáfano que era función de la demandante, entre otras, coordinar el envío de las muestras al área de microbiología, supervisar su entrega, así como el envío de los resultados al área de epidemiología, todo ello dentro del marco de lo definido por la Secretaría de Salud de Bogotá en relación con la toma de cultivos de superficies, como así lo refirieron los testigos Jenny Espejo y Kelly Johana Cañas, de quienes no prosperó la tacha por sospecha, parámetros que no constituían meras sugerencias, según las manifestaciones de las declarantes, contrario a lo aducido en la alzada.

Sin embargo, esa específica función no fue cumplida por la trabajadora, conforme emana de los mismos descargos, cuando esta indicó que: *“Luego que no existía claridad frente a como se había realizado el envío de las muestras de Floresta a la Clínica Calle 51 y teniendo en cuenta la hora en las muestras en la Clínica (5:30 PM); realizó (sic) consulta técnica con la bacterióloga del área de microbiología y se verifica protocolo donde se describe la toma de muestras de superficies”* (folio 28).

Siendo claro de la respuesta antedicha que la demandante no atendió su función de coordinación y supervisión en el proceso de envío de las muestras a la central de procesamiento, respecto de lo cual además, no la exonera lo afirmado en la alzada, en cuanto a que ese procedimiento de toma de muestras sobre superficies que se había desplegado, en la realidad no fue el resultado de una orden de la parte empleadora, porque la propia testigo Jenny Espejo indicó que en aras de atender los requerimientos de la Secretaría de Salud de Bogotá, en relación con los procesos de desinfección de las IPS de la demandada, se pactó en una reunión con los miembros de la administración la realización de toma de muestras de superficies para probar los productos y jabones que eran adecuados en esos procesos de desinfección, añadiendo la declarante que incluso, el superior de la convocante Omar Bocanegra se encontraba en dicha reunión.

Es decir, que con la parte empleadora se estableció con claridad, el despliegue de esos procedimientos para la verificación del producto a utilizar

en el futuro, por manera que no fue una decisión de la trabajadora llevar a cabo los muestreos que hoy son objeto de reproche en el presente proceso.

De acuerdo a lo expuesto en precedencia, es claro que la demandante sí incurrió en por lo menos una de las omisiones que se le imputan (Ausencia de coordinación en el proceso de envío de muestras a la central de procesamiento), y como quiera que en la cláusula octava del contrato de trabajo se estipuló en su literal a) que constituye falta grave, *“La violación por parte de EL (LA) EMPLEADO (A) de una cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias”* (folio 18), evidente resulta concluir que extremo pasivo se encontraba habilitado para dar por terminado el vínculo laboral, ya que la sola omisión de la trabajadora en los términos expuestos, dio lugar a la mentada falta grave, sin que para el caso interese si a la entidad se le causó un perjuicio, como quiera que esta causal de terminación no le fue endilgada en la carta de despido.

Finalmente, en cuanto al reparo de la apelante, según el cual en su carta de despido no se hizo mención del Reglamento Interno de Trabajo o del contrato de trabajo, en lo que concierne a las faltas graves, ha de decir la Sala que esa omisión constituye la menor relevancia, porque como se refirió en precedencia, el empleador no es el llamado a discriminar una a una las normas que sustentan los motivos del terminación del contrato, en cuanto esa función compete es al Juzgador como de atáño lo ha previsto la Corte Suprema Justicia.

Así las cosas, esta Sala de Decisión encuentra comprobada la justa causa alegada por CAFAM, pues conociendo las funciones y procedimientos a realizar para la adecuada ejecución de su labor, la cual era reiterada y constante, la demandante de manera indolente decidió no efectuarlo, motivo por el cual, suma confirmar la sentencia impartida por la Juez de Conocimiento, sobre este aspecto.

COSTAS

La demandada manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la falta de imposición de costas procesales en contra de la demandante. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada la Juez de primer grado desacertó al no imponer condena en costas a cargo de la parte actora, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pese a tratarse del externo vencido en el proceso.

Motivo por el cual se revocará la decisión proferida en primera instancia sobre este puntual aspecto, para en su lugar, imponer costas a cargo de la activa, las cuales deberán ser tasadas por parte de la Juez de primer grado. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo la accionante.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia del 1º de julio de 2022, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** en costas de primera instancia a

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

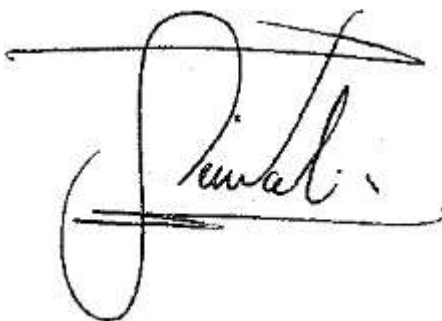
la señora **CAROLINA MOROS CHACÓN**, las cuales deberán ser tasadas por la Juez de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

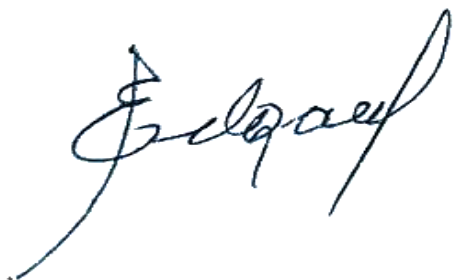
TERCER: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



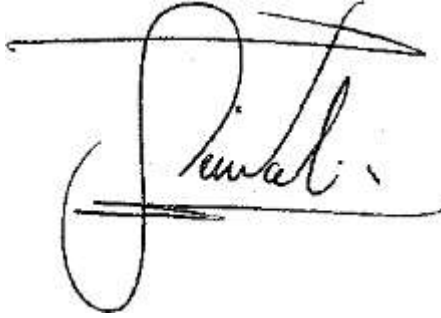
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE LA PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de \$300.000.



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Sumario
RADICADO:	11001-31-05-023-2022-00020-02
DEMANDANTE:	UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA
DEMANDADO:	SINTRAUNINCCA
ASUNTO:	Apelación Sentencia 5 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Disolución y liquidación de sindicato
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 del Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDADA contra la sentencia de 5 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del Proceso Especial de Disolución, Liquidación y Cancelación de la inscripción en el registro sindical promovido por **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA** contra el **SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA - SINTRAUNINCCA**, con radicado No. **11001-31-05-023-2022-00020-02**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La entidad promotora de la acción pretende que se declare que el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA - SINTRAUNINCCA a la fecha no cumple con el requisito de número de afiliados para subsistir, conforme a lo estipulado en el artículo 359 del Código Sustantivo del Trabajo; que se encuentra configurada la causal de disolución establecida en el literal d) del artículo 401 del CST, por contar con un número menor a veinticinco (25) afiliados; como consecuencia de ello, se ordene la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical y se condene en costas y agencias en derecho al sindicato demandado.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA que el 23 de enero de 2021 tuvo conocimiento de que a SINTRAUNINCCA, se encontraban afiliados treinta y siete (37) trabajadores, pero que transcurrido el presente año, ante la Oficina de Gestión Humana del ente educativo se presentaron las renunciaciones y desvinculaciones de trece (13) trabajadores afiliados a la organización sindical y no se han presentado nuevas afiliaciones, por lo que a la fecha el sindicato cuenta con afiliación de veinticuatro (24) trabajadores, de ahí que no puede continuar subsistiendo. Agregó, que el 20 de septiembre de 2021 se elevó petición al Ministerio del Trabajo con el fin de que conociera la situación y de acuerdo con sus facultades legales tomara las medidas a que hubiere lugar; sin embargo, el Ministerio no ha dado respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La organización sindical convocada al proceso se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que no tuvo participación en las desvinculaciones laborales a las que se refiere la demandante, pero aduce que la sola desvinculación de la empresa no implica la desafiliación automática del Sindicato, pues para tal efecto debe presentarse renuncia expresa del trabajador, tal como lo señala el artículo 55 de los estatutos sindicales de

¹ Archivo 01 Expediente Digital

² Archivo 05 Expediente Digital

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D.C.

SINTRAUNINCCA, en concordancia con el artículo 4 del Decreto 1469 de 1978. Agregó, que el Sindicato no tiene la obligación de reportar “*renovaciones de afiliaciones*”, como quiera que legalmente no se le ha impuesto esa obligación, así como tampoco la de informar sobre nuevos afiliados, por cuanto esta obligación solo se impone para el pago de la cuota sindical; no obstante, la demandante no realiza dichos descuentos tal como se acordó en el artículo 10 #1 de la convención colectiva de trabajo 2010-2011, por lo tanto, la comunicación de nuevos afiliados solo se da en los eventos donde el empleador debe hacer el respectivo descuento de cuota sindical, situación que en este caso no ocurre. Por último, sostuvo que no es cierto que el Sindicato cuente con tan solo 24 afiliados, pues reiteró que la sola desvinculación de los trabajadores no implica la desafiliación automática de la organización.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: falta de legitimación por activa, ausencia de causal legal, persecución sindical frente a la desafiliación, genérica y prescripción.

REFORMA A LA DEMANDA³

La Universidad reformó la demanda en el acápite de hechos en el sentido de indicar que durante 2021 y lo transcurrido en el presente año, ante su Oficina de Gestión Humana se presentaron las renunciaciones y desvinculaciones de dieciocho (18) trabajadores afiliados a la organización sindical. Asimismo, aportó nuevas pruebas documentales al proceso.

CONTESTACIÓN REFORMA DE LA DEMANDA⁴

La organización sindical, al contestar la reforma a la demanda, se ratificó en su pronunciamiento inicial, en tanto que no tuvo participación en las desvinculaciones laborales a las que se refiere la demandante, recalcando que la sola desvinculación de la empresa no implica la desafiliación automática del Sindicato.

³ Archivo 06 Expediente Digital

⁴ Archivo 08 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia de 5 de septiembre de 2022, resolvió decretar la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical de SINTRAUNINCCA; ordenó oficiar al Ministerio del Trabajo con el fin de que se cancele el registro sindical; designó a Carlos Orlando Romero Ramírez como liquidador, quien deberá presentar la liquidación en un plazo máximo de quince días hábiles; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la parte demandada.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, previa mención de las pruebas documentales aportadas por la entidad promotora de la acción, como lo eran las desvinculaciones laborales de quince trabajadores y la renuncia a la organización sindical de cuatro de sus afiliados, que se configuraba una de las causales de disolución debido que el Sindicato no contaba con el número mínimo de afiliados establecido en el artículo 351 del CST, ya que en la actualidad únicamente contaba con dieciocho miembros de acuerdo con la certificación emitida por el Secretario de la organización, Julio Cesar Rojas. Agregó, en relación con el argumento de defensa esgrimido por la pasiva, que el artículo 55 de los estatutos del Sindicato lo que contempla es que el afiliado que quiera retirarse de la organización debe dar aviso a la Junta Directiva, pero ello con el objeto de que se ordene la devolución de cuotas ordinarias y que si bien el artículo 4º del Decreto 1469 de 1978 establece que la terminación del contrato de trabajo no extingue por ese solo hecho el vínculo sindical, no puede desconocerse que SINTRAUNINCCA es un Sindicato de empresa y, por ende, solo puede estar conformado por trabajadores de la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA, tal como lo establece el artículo 1º de los estatutos del Sindicato y fue definido por el Ministerio del Trabajo dentro del Concepto No. 112117-2017.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte DEMANDADA presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, manifestó que se aparta de la postura del Despacho en cuanto que el artículo 4º del Decreto 1469 de 1978, en concordancia con el artículo 55 de

los estatutos de la organización sindical no serían aplicables a los sindicatos de empresa, pues el concepto del Ministerio del Trabajo en que se basó el Juez sería eventualmente válido bajo los preceptos de la Constitución de 1886, pero la Carta Política de 1991 da una interpretación totalmente diferente a lo que ha sido el concepto tradicional de lo que son las organizaciones sindicales en relación con su estructura y funcionamiento, como se ha visto en distintos pronunciamientos de las altas Cortes, por lo que la interpretación que ha de dársele a estas normas siempre tienen que estar inspiradas en el principio pro homine, según el cual cuando exista una norma que no sea muy clara, debe buscarse la interpretación que proteja el derecho. Añadió, que el artículo 4º del Decreto 1469 de 1978 no hace ninguna distintos, por lo cual resulta válido aplicar el postulado respecto que si la ley no distingue, no le es válido hacerlo al interprete, por lo que el A quo incurrió en un yerro hermenéutico porqué aplicó una interpretación totalmente desfavorable a los intereses de la organización sindical y al derecho de asociación sindical.

De otro lado, sostuvo que si se analizan las funciones de los sindicatos conforme los artículos 376 y siguientes del CST, dentro de ellas se encuentra la de proteger a los trabajadores que han sido desvinculados laboralmente, es decir, que lo que la norma está diciendo es que, sin importar el tipo de organización sindical, estas tienen la obligación de proteger a quién tuvo un vínculo laboral y que sigue siendo afiliado, por lo que la interpretación adecuada a esas normas permiten concluir que la afiliación al Sindicato va hasta un año después de la desvinculación laboral.

Adicionalmente, aduce que el análisis frente a la persecución sindical se quedó corto, pues si se mira el número de afiliados que tuvo el sindicato y como tan rápidamente disminuyó, ligado a las comunicaciones que reposan en el expediente donde se indican las causas por las cuales se termina el vínculo laboral, que es el famoso despido indirecto, son sin duda decisiones que han tomado los trabajadores por una presión ilegítima del empleador, aspecto que necesariamente debe ser analizado dentro de un Estado Social de Derecho, ya que si no sería muy fácil acabar con una organización sindical.

Finalmente, solicita al Tribunal que, en caso de que confirme la decisión, el término que se otorgue al liquidador sea mucho más amplio, ya que considera que

quince días es un plazo muy corto para llevar a cabo la liquidación, lo que impone una carga excesiva a quien no es parte dentro del proceso, por lo cual, a su juicio, ese punto debe ser excluido de la parte resolutive del fallo.

PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con el recurso de apelación presentado, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si es procedente ordenar la liquidación y disolución del SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA - SINTRAUNINCCA y, consecuentemente, la cancelación de su registro sindical.

CONSIDERACIONES

Lo primero que se debe destacar, es que la existencia de la organización sindical demandada se encuentra debidamente acreditada dentro del proceso, ajustándose a las exigencias previstas al tenor del artículo 364 y ss. del Estatuto Sustantivo Laboral, como quiera que obra certificación del 21 de octubre de 2021 emitida por la Coordinadora del Grupo de Archivo del Ministerio del Trabajo en la que hace constar que el **SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA – SINTRAUNINCCA**, es de primer grado y de empresa, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. – Cundinamarca, con personería jurídica No. 02094 del 12 de julio de 1982 (f. 44 archivo 05 del expediente digital).

Procede esta Sala de Decisión a resolver el *sub judice* puesto en su conocimiento, para lo cual juzga conveniente recordar, en ejercicio de sus facultades académicas, que en tratándose de la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción del registro sindical las causales son taxativas y no permiten adiciones no contempladas por el legislador, acorde a los lineamientos del artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo que en su literalidad estableció:

«ARTÍCULO 401. CASOS DE DISOLUCIÓN. *Un sindicato o una federación o confederación de sindicatos solamente se disuelve:*

- a) Por cumplirse cualquiera de los eventos previstos en los estatutos para este efecto;*

- b) *Por acuerdo, cuando menos, de las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la organización, adoptado en asamblea general y acreditado con las firmas de los asistentes;*
- c) *Por sentencia judicial, y*
- d) *Por reducción de los afiliados a un número inferior a veinticinco (25), cuando se trate de sindicatos de trabajadores.*
- e) *En el evento de que el sindicato, federación o confederación se encontrare incurso en una de las causales de disolución, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o quien demuestre tener interés jurídico⁵, podrá solicitar ante el juez laboral respectivo, la disolución y la liquidación del sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical. Al efecto se seguirá en lo pertinente el procedimiento previsto en el artículo 52 <380 c.s.t> de esta ley» (resalta fuera de texto).*

Causal estatuida en el literal d) de la regulación *ejusdem*, que resulta ser el centro del debate en la presente acción especial, lo que implica descender en su estudio.

Bajo estos presupuestos, se advierte que con arreglo al artículo 39 de la Carta Política, la H. Corte Constitucional ha sostenido que una de las expresiones del derecho de asociación es la libertad sindical, concebida «*como facultad autónoma para crear organizaciones sindicales, ajena a toda restricción, intromisión o intervención del Estado que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento*»⁶, lo cual, implica la potestad que asiste a esas asociaciones «*para auto conformarse y auto regularse conforme a las reglas de organización interna que libremente acuerden sus integrantes, con la limitación que impone el inciso 2° del art. 39, según el cual la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos se sujetan al orden legal y a los principios democráticos*»⁷.

En este sentido, dicha Corporación explicó que esa autonomía no es absoluta «*en la medida que la estructura interna de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos*»⁸, y advirtió «*que las aludidas restricciones o limitaciones no pueden, en modo alguno,*

⁵Aparte subrayado declarado exequible por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C - 201 de 2002.

⁶ Sentencia C - 385 de 2000.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Sentencia C - 797 de 2000.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

afectar lo que se considera el núcleo esencial del derecho a la libertad sindical, de modo que la desnaturalicen o impidan su normal y adecuado ejercicio»⁹.

Entonces, aunque en términos de la Corte «la facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del Estado»¹⁰, hace parte del núcleo esencial del derecho a la libertad sindical, para tales fines, los sindicatos deben acogerse a la regulación mínima establecida por el legislador en esa materia, que no es otra distinta al libro segundo del CST.

Sobre el particular, cumple resaltar, que al estar en presencia de una organización sindical catalogada, como se dilucidó en precedencia, como de primer grado y de empresa, dicha clasificación fue definida en el literal a) del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo al estatuir:

«ARTÍCULO 356. SINDICATOS DE TRABAJADORES. Los sindicatos de trabajadores se clasifican así:

a). De empresa, si están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución;

(...» (Subraya de la Sala)

Regulación que resulta ser fundamental para desentrañar el acierto o no en la determinación judicial de primer grado.

Al punto, la H. Corte Constitucional al efectuar estudio de constitucional de la norma *ejusdem*, precisó la posibilidad del Estado en realizar distinciones legales en ciertos campos del derecho, siempre que se busque la concreción de pedimentos y beneficios para su adecuado disfrute, aspecto nominado margen de configuración legislativa.

En tratándose de categorización de organizaciones gremiales, indicó en sentencia C – 180 de 2016:

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Sentencia C - 385 de 2000.

«48. Ahora bien, específicamente sobre el alcance del artículo 2 del Convenio 87, en la recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical atinente al derecho de los trabajadores y de los empleadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las mismas, se expresó lo siguiente:

318. El Comité ha señalado que la Conferencia Internacional del Trabajo, al hacer figurar en el Convenio núm. 87 la expresión «organizaciones que estimen convenientes», entendió tener en cuenta el hecho de que en cierto número de países existen varias organizaciones de empleadores y de trabajadores y los interesados pueden elegir pertenecer a una o a otra de ellas, por razones de orden profesional, religioso o político, sin pronunciarse por ello sobre la cuestión de saber si, para los trabajadores y los empleadores, la unidad en la organización sindical es o no preferible al pluralismo sindical. Pero la Conferencia entendía también consagrar el derecho de todo grupo de trabajadores (o de empleadores) a constituir una organización fuera de la organización ya existente, si considera preferible esta solución para la defensa de sus intereses materiales o morales.»¹¹

49. Adicionalmente, **dicho Comité reconoció la posibilidad de clasificar a las organizaciones como de empresa, industria y oficio, al referirse a ello, en los siguientes términos:**

334. Los trabajadores deberían poder decidir si prefieren formar, en el primer nivel, un sindicato de empresa u otra forma de agrupamiento a la base, tal como un sindicato de industria o de oficio.

335. En virtud del artículo 2 del Convenio núm. 87, los trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen **convenientes, incluidas las organizaciones que agrupen trabajadores de centros de trabajo y localidades diferentes.**¹² (Todas las subrayas fuera de texto).

50. Por otro lado, la clasificación de las organizaciones sindicales como de empresa, gremiales, de industria u oficios varios no pertenece a una teoría originalista o exclusiva del Estado colombiano (...)

51. Acorde con la posibilidad dada al órgano legislativo de cada Estado miembro de la OIT para implementar los principios orientadores sobre el derecho de libertad sindical, puede optarse por el establecimiento de un marco normativo para el ejercicio del derecho de libertad sindical. En ese sentido, la tipificación de las clases de organizaciones que se pueden constituir, constituyen un medio para el desarrollo de las finalidades de asociación, siempre y cuando dicha regulación no afecte su autonomía». (Negrilla de la Sala)

¹¹ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT Quinta edición (revisada) disponible en http://www.ilo.org/global/docs/WCMS_090634/lang--es/index.htm

¹² *Ibíd.*
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

Ahora, en lo que atañe al literal a) del artículo 356 de CST, preciso resulta destacar que de la literalidad en su estipulación emanan varias conclusiones esenciales, en primer término al aludirse que *«formados por individuos»* deviene indudable que el legislador consideró no limitar la calidad o título asignado a los *«individuos»* al momento de ingreso en la empresa, permitiéndose establecer que el cargo y/o la designación contractual no resulta ser fundamental o trascendental para hacer parte de una organización sindical.

Así mismo, nótese que al estatuirse *«que **prestan sus servicios** en una misma empresa, establecimiento o institución»*, dicha premisa normativa implica no solo la actividad humana en la ejecución de una labor sin necesariamente estar catalogada bajo contrato de trabajo u otra forma de vínculo, sino que, de manera adicional instituye la vigencia en el nexo contractual con la compañía, conforme se desprende del tiempo verbal de la palabra regente de la citada regulación; caso disímil ocurre al efectuar un parangón con aquella clasificación nominada gremiales y de oficios varios, en tanto no señala la obligatoriedad de prestar servicios sino únicamente alude *«gremiales, si están formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad»* y *«de oficios varios, si están formados por trabajadores de diversas profesiones, disímiles o inconexas»*.

Descendiendo al caso concreto, debe señalar este Cuerpo Colegiado que los argumentos expuestos por el apoderado de la parte recurrente relativos a la aplicabilidad e interpretación del artículo 4º del Decreto 1469 de 1978, en concordancia con el artículo 55 de los estatutos de la organización sindical, en tanto sostiene que la desvinculación laboral no se traduce automáticamente en la desafiliación del sindicato, resultan totalmente inanes para controvertir la decisión de primer grado, por la sencilla razón que fue la misma organización sindical quien, a través de su secretario, certificó que para el año 2022 únicamente cuenta con 18 afiliados (f. 5 archivo 11 expediente digital), es decir que, en efecto, la terminación del contrato de los trece (13) trabajadores que se relacionan a continuación, si produjo su desafiliación de la organización sindical:

No.	NOMBRE
1	GUSTAVO PARRA TORRES

2	NUBIA STELLA GARNICA
3	MARITZA IBARRA BRAVO
4	RODRIGO CASAS CAÑÓN
5	LUIS ENRIQUE PÁEZ SANABRIA
6	GERMÁN ANTONIO CARVAJAL ROA
7	JORGE LUIS MEDINA TRIANA
8	JOSÉ ORLANDO RAMÍREZ
9	JOSELÍN OLARTE NAVARRO
10	MARÍA DEL PILAR RAMOS RODRÍGUEZ
11	CARMEN PATRICIA MORA VANEGAS
12	CLARA VIRGINIA PADILLA LÓPEZ
13	CARLOS MARIO LUCUMÍ MEJÍA

Y es que no podía ser de otra forma, como quiera que el planteamiento del apoderado de la pasiva riñe con lo dispuesto por el literal a) del artículo 356 de CST conforme lo explicado en líneas precedentes, precepto que goza de tal claridad que no permite interpretación diferente sino que, en tratándose de sindicatos de empresa, estos solo pueden estar conformados por personas que **presten servicios** en una misma empresa, lo que de contera se traduce en qué finiquitada dicha prestación del servicio de forma definitiva por desvinculación laboral, se pierde la calidad de afiliado a la organización sindical. Esta tesis guarda plena consonancia con el artículo 1º de los estatutos del sindicato, el cual estipula que: “*El sindicato estará formado por trabajadores que presten sus servicios en la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA.*” (f. 1 archivo 05 expediente digital), es decir, el sindicato demandado no puede tener afiliados que no tengan vínculo contractual con el ente educativo demandante.

Ahora bien, frente a la tesis del recurrente relativa a que dentro de las funciones de los sindicatos encuentra la de proteger a los trabajadores que han sido desvinculados laboralmente, se tiene que si bien el numeral 4º del artículo 373 del CST establece como una función general de las organizaciones sindicales la de: *“Asesorar a sus asociados en la defensa de los derechos emanados de un contrato de trabajo o de la actividad profesional correspondiente, y representarlos ante las autoridades administrativas, ante los empleadores y ante terceros.”*, lo cierto es que en este caso las desvinculaciones laborales de los trabajadores se dieron por razones ajenas a su desempeño o actividad dentro de la entidad empleadora, pues en el caso de MARITZA IBARRA BRAVO, JOSÉ ORLANDO RAMÍREZ, JOSELÍN OLARTE NAVARRO, MARÍA DEL PILAR RAMOS RODRÍGUEZ, CARMEN PATRICIA MORA VANEGAS y CLARA VIRGINIA PADILLA LÓPEZ, su retiro de la Universidad provino de su decisión libre y voluntaria a través de la renuncia presentada al empleador (fs. 15-18, 24, 25, 26, 28, 29 archivo 01 expediente digital), es decir, no medio, o por lo menos ello no se encuentra demostrado en el plenario, una actuación u omisión de la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA en la decisión tomada por los referidos extrabajadores.

De otro lado, para el caso de NUBIA STELLA GARNICA, RODRIGO CASAS CAÑÓN, LUIS ENRIQUE PÁEZ SANABRIA, GERMÁN ANTONIO CARVAJAL ROA, JORGE LUIS MEDINA TRIANA y CARLOS MARIO LUCUMÍ MEJÍA, la terminación de su contrato de trabajo tuvo génesis en el reconocimiento a cada uno de estos de la pensión de vejez (fs. 14, 18, 19-20, 21, 22 archivo 01 y fs. 5-14 archivo 06 expediente digital), es decir, se configuró la justa causa de despido establecida en el numeral 14) del literal A del artículo 62 del CST, frente a la cual tiene adoctrinado la jurisprudencia especializada laboral, se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, al punto que ni siquiera es susceptible de ser ponderada para otorgarle niveles de gravedad y sobre esa base establecer si se trata de un incumplimiento leve (sancionable) o grave (sancionable o posible de despido)¹³, es decir, en ninguno de los casos anteriormente descrito, era necesario que el sindicato desplegara alguna actuación tendiente a la defensa de los mencionados extrabajadores para impedir su desvinculación laboral, se reitera, por

¹³ CSJ Sentencia SL3108-2019
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

el origen de esas determinaciones se fundó en causales objetiva, esto es, renuncia voluntaria y reconocimiento de la pensión de vejez.

Hay que anotar que si bien en el caso de GUSTAVO PARRA TORRES este si presentó su renuncia aduciendo causas imputables al empleador (fs. 9-13 archivo 01 expediente digital), lo cual en principio permitiría colegir que si ameritaba la intervención de la organización sindical en defensa de los derechos laborales que adujo el trabajador le estaban siendo desconocidos (pago de prestaciones), lo cierto es que ese aspecto no tiene la contundencia para cambiar las resultas del proceso, pues como se dejó sentado con antelación, en la actualidad la organización sindical cuenta con tan solo dieciocho (18) afiliados, lo que implica que aun teniendo al señor Parra Torres como válidamente afiliado al sindicato, este seguiría incurso en la causal de disolución establecida en el literal d) del artículo 401 del CST, por contar con menos de veinticinco (25) afiliados.

Adicional a lo anterior, no puede perderse de vista que en el caso de los señores EDILBERTO MORALES MONTENEGRO, NERY DEL CARMEN SANTIAGO, IBETH PEDROZO PÉREZ, FELIX PUILLIMUE PECHENÉ y YÉSICA CATHERINE SÁNCHEZ, estos presentaron su renuncia o solicitud voluntaria de desafiliación ante la organización sindical (f. 27 archivo 01 y fs. 1-4 archivo 06 expediente digital), los que sumados a los trece (13) trabajadores relacionados en el cuadro que antecede, permite evidenciar que todas las dieciocho (18) desafiliaciones de miembros de la organización que se dieron entre 2021 y 2022, con excepción del caso del señor GUSTAVO PARRA TORRES, se dieron por razones ajenas a una acción u omisión del empleador.

La anterior precisión es de suma importancia, como quiera que la supuesta persecución sindical alegada por la parte recurrente, por lo menos en lo que al caso concreto corresponde, quedó en meras apreciaciones subjetivas de su apoderado, las cuales quedaron huérfanas de algún medio de convicción en la cual soportarse, se reitera, porque todo el caudal probatorio apunta, con la excepción ya anotada, que fueron causas objetivas las que llevaron a que la organización sindical redujera su número de afiliados por debajo del mínimo exigido por el legislador, lo que indefectiblemente se traduce en estar incurso en la causal de disolución establecida

en el literal d) del artículo 401 del CST, razón suficiente para confirmar la sentencia apelada en ese puntual aspecto.

Ahora, respecto el proceso de liquidación del sindicato y la designación que hiciera el Juez de Primera Instancia de su tesorero, el señor, CARLOS ORLANDO ROMERO RAMÍREZ como liquidador, debe anotar la Sala que no es posible, como lo pretende el apoderado de la pasiva, excluir ese aspecto de la parte resolutive del fallo, como quiera que, en los términos del artículo 402 del CST, cuando se trata de liquidación y disolución ordenada por el Juez Laboral, le corresponde a este último designar el liquidador. Sin embargo, al tenor de las razones esgrimidas por el togado de la pasiva, y como que las normas que regulan la liquidación de los sindicatos no establecen un término mínimo o máximo para tal efecto, esta Sala de Decisión no encuentra óbice alguno para ampliar el plazo otorgado por el A quo, razón por la cual se modificará el numeral tercero de la parte resolutive del fallo, en el entendido que el término otorgado para presentar la liquidación será de cuarenta y cinco (45) días hábiles.

Así las cosas, la decisión de primera instancia será modificada conforme lo anotado en precedencia. Las costas de esta instancia estarán a cargo de la parte demandada por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

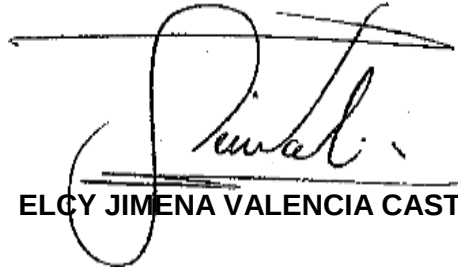
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia del 5 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que el término otorgado para presentar la liquidación será de cuarenta y cinco (45) días hábiles, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

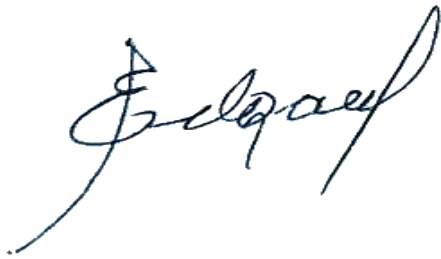
TERCERO: COSTAS a cargo de la parte DEMANDADA, incluyendo como
agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

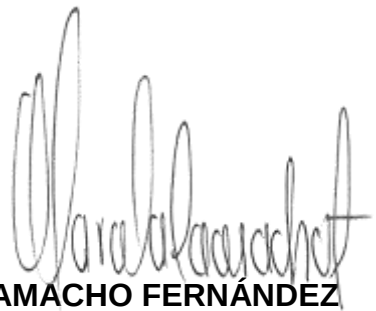
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-025-2016-00480-01
DEMANDANTE:	CARMEN EDITH MURCIA SALAZAR
DEMANDADO:	PANALPINA S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 10 de junio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pago, bonificaciones y reliquidación acreencias laborales
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 10 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CARMEN EDITH MURCIA SALAZAR** contra **PANALPINA S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-025-2016-00480-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora CARMEN EDITH MURCIA SALAZAR a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con PANALPINA S.A. del 2 de mayo de 2002 al 8 de abril de 2016, el cual fue terminado por decisión unilateral y sin justa causa por la empleadora; en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la bonificación por productividad correspondiente al año 2015, junto con la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta todos los elementos integrantes del salario devengado, indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que fue vinculada con la demandada mediante contrato de trabajo de dirección confianza y manejo a término indefinido, el 2 de mayo de 2002, para desempeñar el cargo de Coordinador Operativo POG, a cambio de un salario equivalente a \$1.000.000, mismo que fue modificado el 1º de mayo de 2008 a salario integral, dado que comenzó a desempeñar el cargo de Gerente OIL AND GAS. Agregó que desde el año 2007, comenzó a percibir una bonificación anual por producción de \$10.000.000, además, desde febrero de 2015, comenzó a devengar \$11.000.000 de salario básico, \$1.500.000 de auxilio de rodamiento, \$1.500.000 a título de auxilio de alimentación y \$31.000.000 por bono anual por producción. Que el último cargo desempeñado fue el de Country Head of Energy Solutions, sin embargo, el 9 de abril de 2016, fue despedida por el empleador de manera unilateral y sin justa causa, cuya indemnización le fue reconocida y pagada, sin tener en cuenta todos los elementos integrantes del salario, e igualmente, no se le pagó la bonificación anual por producción del año 2015.

¹ Folios 4 a 9 archivo 01 y 38 a 43 archivo 04 del expediente digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PANALPINA S.A.²

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la bonificación reclamada por la demandante, era otorgada por la compañía por mera liberalidad, al evidenciar los logros globales, siendo requisito para su otorgamiento, que el trabajador tenga el vínculo laboral vigente, situación que no ocurrió en el presente caso para el momento del pago.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Bonificación y gastos de transporte no son constitutivos de salario y prescripción de los derechos laborales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de junio de 2022, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante y no impuso condena en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que se encuentra acreditado que para el año 2015, a la demandante se le pagó una bonificación de \$9.805.708, de una meta de \$30.151.000, acotando que si la activa se encontraba en desacuerdo con el pago realizado por ese concepto, debía demostrar el cumplimiento del 100% de esa bonificación, sin embargo, ello brilla por su ausencia, al no acreditar las metas exactas que debía cumplir, en desconocimiento de lo previsto en el artículo 167 del C.G.P. Añadió que conforme a las documentales arrojadas al proceso, entre las partes mediaron acuerdos de desalarización de auxilios de transporte y bonificaciones, lo cual impide la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social e indemnización por despido sin justa causa, toda vez que la encartada reconoció y pagó dichos

² Folios 70 a 78 archivo 10 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

emolumentos en legal forma, al considerar el salario integral devengado por la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** sustenta el recurso de apelación alegando que, el Juzgado de Conocimiento realizó una errada apreciación de la prueba, toda vez que desconoció la documental obrante a folio 19 con su debida traducción, en la cual se especificó que el nuevo paquete salarial de la activa desde el año 2015 incluía el salario básico de \$11.000.000, rodamiento por \$1.500.000, vales por \$1.500.000 y bonificación anual de \$31.000.000, acotando que en ninguna parte del documento se le informó a la convocante que los valores a reconocer por rodamiento, vales y bonificación, lo eran por mera liberalidad; sumando a ello que, tampoco se allegó al plenario, específicamente por parte de la encartada, las metas que la demandante debía cumplir para el año 2015, que dieran lugar a esos pagos, pues no obra documental suscrita por esta, en señal de aceptación.

Añadió que no se consideró por el *A quo* lo manifestado por la demandada en su interrogatorio, quien indicó a través de su representante legal, que los bonos por producción anual, auxilio de rodamiento y de alimentación, se pagaban a los empleados de acuerdo al cumplimiento de sus objetivos, de manera que tales emolumentos no eran reconocidos por mera liberalidad, sino que, por el contrario, estaban sujetos al cumplimiento de proyecciones y metas de la demandada, los cuales además, se pagaban de manera periódica, como se puede visualizar en los comprobantes de pago arrimados al proceso.

Concluyendo que esos dineros estaban destinados a remunerar la prestación de los servicios de la demandante y enriquecer su patrimonio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante presentó sus alegaciones esgrimiendo argumentos análogos a los expuestos a sustentar el respectivo recurso de apelación.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al recurso interpuesto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar: si la parte activa tiene derecho al reconocimiento y pago de la bonificación por productividad correspondiente al año 2015; igualmente, si tal rubro, junto con el auxilio de transporte y los dineros percibidos por la trabajadora a título de cheques big pass, ostentan la calidad de factores salariales. Conforme a las resultas, establecer si es procedente la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa reconocida por el extremo pasivo, a favor de la demandante.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa demandada en la contestación del introductorio; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, de los cuales se colige que, Carmen Edith Murcia Salazar fue vinculada por la demandada a través de contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de mayo de 2002 (fs. 10 a 12 archivo 01 del expediente digital), en virtud del cual desempeñó como último cargo, el de Country Head of Energy Solutions, devengando como salario integral desde el año 2014, la suma de \$11.000.000 (fs. 21, 25 a 32 archivo 01 y del expediente digital); nexos laborales que fueron terminados por decisión unilateral y sin justa

causa de la accionada, el día 9 de abril de 2016, con el debido reconocimiento de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST, en suma de \$78.514.333 (fs. 20 y 22 archivo 01 del expediente digital); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta reparo en esta segunda instancia.

Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar el *petitum demandatorio* bajo los reparos elevados en el recurso de alzada.

BONIFICACIÓN POR PRODUCTIVIDAD AÑO 2015

Entiende la Sala del recurso de alzada que la parte activa insiste en el reconocimiento y pago de la bonificación anual correspondiente al año de 2015, misma que según el dicho de la demandante desde el escrito inicial, no le fue pagada a la terminación del contrato de trabajo.

Sobre este aspecto, constata el Colegiado a folio 93 archivo 10 del expediente digital, política de pagos por mera liberalidad de Panalpina S.A., cuyo contenido refiere que este tipo de estipendios se hacen con base en indicadores de resultados globales de la compañía, sin tener relación alguna con la retribución directa del servicio por parte del trabajador, quien además, tiene derecho a los mismos, siempre que el vínculo laboral se encuentre vigente y el mismo no haya sido terminado por justa causa.

Aunado a ello, se tiene que conforme a lo declarado por el testigo Diego Fernando Barreiro Ovalle, en calidad de contador de la demandada, el bono anual de productividad, usualmente se pagaba entre los meses de marzo-abril del año siguiente, conforme a lo convenios que el jefe inmediato hacía con el empleado. (Archivo de audio 20 y del expediente digital).

Conforme a ello, y una vez revisada la liquidación definitiva del contrato de trabajo, militante a folios 82 a 83 del archivo 10 del expediente digital, se consta que a la activa se le pagó a título de “*Bonificación por Productividad*” la suma de \$9.806.000, la cual coincide con los valores liquidados por tal concepto para el año

2015, que se discriminan en el detalle del plan de incentivos visible a folio 96 archivo 10, debidamente traducida a folio 164 archivo 32 del expediente digital.

En ese orden, concluye el Colegiado que a la fecha del finiquito laboral, contrario a lo referido por la parte activa, a esta sí se le reconoció a su favor suma dineraria por concepto de bonificación por productividad año 2015, que ascendió al valor de \$9.806.000, de manera que, no es cierto que la empleadora haya incurrido en alguna omisión al respecto.

Ahora bien, aunque en la alzada se indica que tal emolumento fue definido en valor de \$31.000.000, ha de decirse que la Sala se encuentra imposibilitada para reconocer un eventual saldo a favor de la demandante, porque si bien en el detalle de plan de incentivos visto a folio 96 archivo 10, traducido a folio 164 archivo 32 del expediente digital, se indica que el total del pago de beneficio asciende a \$30.151.000, lo cierto es que en el plenario no obra ningún medio de convicción que permita establecer que la convocante en efecto tenga derecho al reconocimiento de todo ese valor.

Ello es así, porque no se advierten los parámetros que fueron definidos por la compañía para su liquidación, y en específico, las metas que debían ser alcanzadas para el efecto, lo cual resulta necesario en el *examine*, pues el detalle del plan de beneficios en referencia, es claro en definir que la demandada consideraba indicadores de rendimiento de negocio, indicadores de rendimiento por departamento e indicadores de desempeño individual, para calcular la bonificación reclamada.

De suerte que, la Sala habrá de confirmar la decisión adoptada por el Juzgado de Conocimiento sobre el rubro del que se viene hablando, pues no es procedente reconocer bonificación alguna para el año 2015 a favor de la demandante, en un valor superior al que le fue otorgado, al no acreditarse que fuera merecedora de este en los términos del artículo 167 del CGP.

BONIFICACIÓN ANUAL, AUXILIO DE TRANSPORTE Y CHEQUES BIG PASS– INCIDENCIA SALARIAL

Al punto, primeramente resulta necesario traer a colación lo dispuesto por el artículo 127 del CST, al reseñar que *“constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte (...).”*

A su turno, el artículo 128 del mismo compendio normativo establece que no constituirán salario *“las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones (...) y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco (...) auxilios habituales u ocasionales (...) cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación...”*.

Diáfano es, que en tratándose de conceptos que componen los rubros salariales de los trabajadores en ejecución de sus funciones, y en el marco de un contrato de rango laboral, existen sendos conceptos que deben ser catalogados como retribución directa e incorporados para efectos de desplegar los pagos prestacionales, indemnizatorios y de seguridad social.

De suerte que, erigido tal presupuesto, preciso resulta determinar si los rubros devengados por la demandante a título de auxilio de transporte, cheque big pass y bonificación por productividad, constituyen factor salarial, como se refiere en la alzada, y de contera, si debieron incluirse en la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa.

Sobre este aspecto, ha decirse en primer lugar que, conforme a comunicación dirigida a la demandante el 1º de febrero de 2015, se le informó que se le reconocería auxilio mensual por alimentación la suma de \$1.500.000 pagadera mediante bonos big pass y, un auxilio mensual de transporte equivalente a \$1.500.000, como se observa a folio 41 del expediente digital; sumas que en efecto le fueron canceladas para tal anualidad, según emana de los comprobantes de nómina visibles a folios 24 a 29 archivo 01 del expediente digital, sobre los cuales

es oportuno acotar que, a título de bono big pass o auxilio de alimentación, en realidad se pagó a la trabajadora de manera mensual, la suma de \$1.1000.000.

Tales emolumentos, contrario a lo referido en la alzada, no son constitutivos de salario, dado que las partes comparecientes, desde la suscripción del contrato de trabajo que las ató, le restaron ese carácter, al pactar en su cláusula novena lo que a continuación se transcribe:

“NOVENA: *Conviene las partes que de conformidad con el art. 15 de la Ley 50 de 1.990, no constituye salario ni factor de salario en ningún caso, las primas extralegales, bonificaciones, alimentación vestuario, medios de transporte que el EMPLEADOR pague libremente al colaborador. De conformidad con lo establecido en el Artículo 15 de la Ley 50 de 1.990, que modificó el artículo 128 del C.S.T., a partir de esta fecha todos los pagos que el EMPLEADOR efectúe al empleado para atender sus medios de transporte no constituyen salario ni serán considerados como tal para calcular factores prestacionales de ninguna especie, pues el empleado los recibe no para su propio beneficio sino para el cabal desempeño de sus funciones”.*³ (Subraya fuera de texto).

Conforme a lo antepuesto, es claro para la Sala de Decisión que previo acuerdo con el trabajador, las partes pactaron que el auxilio de transporte y el auxilio de alimentación, reconocido a la demandante bajo la denominación de cheque big pass, carecen de incidencia salarial, y por ende, no están llamados a ser considerados al momento de liquidar las prestaciones sociales, e indemnizaciones reconocidas a la activa.

Empero, tal conclusión no resulta aplicable a un porcentaje del bono de productividad reconocido a la trabajadora, que como se dijo con anterioridad, le fue pagado junto con la liquidación definitiva del contrato de trabajo, en valor de \$9.906.000, puesto que una de tal suma, estuvo encaminada a retribuir de manera directa el servicio prestado por la señora Murcia Salazar a favor de Panalpina S.A.

Así, retomando el detalle de liquidación del beneficio en mención⁴, se observa que para su cuantificación, se tomaron indicadores del rendimiento del negocio, indicadores de rendimiento del departamento, e igualmente, el indicador

³ Folio 80 archivo 01 del expediente digital.

⁴ Folio 96 archivo 10, debidamente traducida a folio 164 archivo 32 del expediente digital.

denominado “*Desempeño individual*” de la aquí convocante, siendo oportuno acotar, que para este último factor, se le asignó una calificación nominada PEAR de 2.8, e igualmente, se le determinó un puntaje individual de 70.0, lo cual arrojó a su favor un beneficio equivalente de \$6.331.710; siendo diáfano concluir que con este último, valor la encartada tuvo como finalidad retribuir la labor desempeñada por la demandante.

Circunstancia que además, se ratifica con lo indicado por el representante legal de la convocada, quien en su interrogatorio de parte afirmó que a los trabajadores se les asignaban unos objetivos individuales, acotando que el pago de la última bonificación realizada a favor de la accionante, se calculó con base en los objetivos individuales por esta alcanzados (Archivo de audio 18 del expediente digital).

De suerte que, aun cuando es claro en el detalle de liquidación de la bonificación del año 2015, que su cálculo incluía factores que no estaban encaminados a remunerar directamente el servicios de la trabajadora, porque su determinación se basada en indicadores empresariales, esto es, el rendimiento del negocio y el rendimiento del departamento, en todo caso, sí existía un *ítem* que medía directamente su desempeño individual, y que conforme a la documental en referencia, le generó un beneficio a su favor, se *itera*, de \$6.331.710, motivo por el cual la demandada debió considerar que esta última suma como factor salarial, porque claramente retribuía la prestación del servicio de la demandante.

Lo anterior, pese a que como se dijo, las partes le restaron carácter salarial a cualquier tipo de bonificación desde la celebración del contrato de trabajo, como quiera que dichos pactos, de ninguna manera pueden desconocer esa connotación a los pagos que sí son salario, como a bien lo ha definido la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL5159-2018, al indicar:

“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario”.

De manera tal que, habrá de revocarse la decisión proferida por el Juzgado de Conocimiento, para en su lugar, acceder a la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, reconocida a favor de la trabajadora, incluyendo el porcentaje de la bonificación por productividad correspondiente al año 2015, que estaba encaminado a remunerar directamente la actividad de la activa, esto es, el valor de \$6.331.710, que al tomarse en una doceava parte, equivale a \$527.643.

Así, al sumarse con el salario devengado de \$11.000.000, se obtiene la base salarial de \$11.527.643, para una indemnización por despido sin justa causa de \$82.280.473, que resulta de tomar 214,13 días reconocidos por la encartada y que no se encuentran discutidos por la activa; por tanto, como a la demandante se le pagó por la indemnización de que trata el artículo 64 del CST, la suma de \$78.514.333, es claro que aún se le adeuda un saldo de \$3.766.140, siendo lo procedente impartir condena en este valor, máxime que en el presente caso, no se encuentra configurada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, pues el finiquito laboral ocurrió el 9 de abril de 2016 y la demanda se radicó el 11 de agosto de símil año (Archivo 02 del expediente digital).

COSTAS. Las costas de ambas instancias estarán a cargo de la parte demandada. Tásense las de primera instancia.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

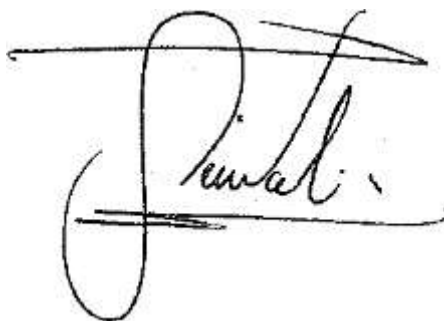
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 10 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a **PANALPINA S.A.** a reconocer y pagar a favor de la señora **CARMEN EDITH MURCIA SALAZAR** la suma de \$3.766.140, a título de reliquidación por indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

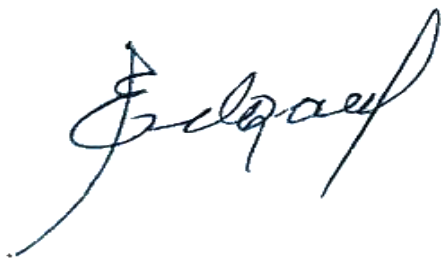
SEGUNDO: COSTAS de ambas instancias a cargo de la parte **DEMANDADA**. Tásense las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



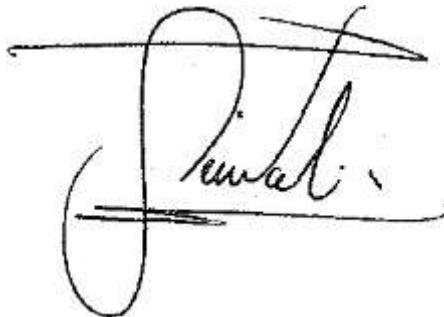
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE LA PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada en la suma de \$600.000.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Elcy Jimena Valencia Castrillón', written over a horizontal line.

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Sumario
RADICADO:	11001-22-05-000-2020-00133-01
DEMANDANTE:	MARÍA TERESA CIFUENTES CASTILLO
DEMANDADO:	FIDUPREVISORA S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 17 de septiembre de 2019
JUZGADO:	Superintendencia Nacional de Salud
TEMA:	Afiliación beneficiarios
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 del Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por FIDUPREVISORA S.A. contra la sentencia de 17 de septiembre de 2019, proferida la por Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro del Proceso promovido por **MARÍA TERESA CIFUENTES CASTILLO** contra **FIDUPREVISORA S.A. Y OTROS**, con radicado No. **11001-22-05-000-2020-00133-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora MARÍA TERESA CIFUENTES CASTILLO, presentó petición ante la Superintendencia Nacional de Salud contra la **FIDUPREVISORA S.A.** como vocera y administradora del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG**, para que, mediante sentencia judicial, se ordene a la entidad que afilie como su beneficiario a su nieto Keith Esteban Zamora Daniels.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que desde 1981 se encuentra afiliada como cotizante al FOMAG; que el padre del menor falleció en el 2009 y, a partir de ese momento, el menor convive con ella y se encuentra bajo su tutela; que a través de acta de conciliación No. 2019 del 10 de octubre de 2012 suscrita ante el ICBF, acordó con su hija Dixie Verónica Daniels Cifuentes, que se entregara la custodia y cuidado personal de su nieto; que el 9 de marzo de 2018 solicitó a la UNIMAP la afiliación de su nieto como beneficiario, pero esta fue negada bajo el argumento que en el pliego de condiciones y el contrato suscrito entre el FOMAG y la FIDUPREVISORA S.A. no existe esa categoría de afiliado, por lo que se vio en la necesidad de interponer acción de tutela que fue fallada en su favor de forma transitoria, ordenándose a la FIDUPREVISORA S.A. que realizara la afiliación hasta tanto la Superintendencia Nacional de Salud resolviera de fondo la controversia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FIDUCIARIA LA PREVISORA - FIDUPREVISORA S.A.²

La entidad administradora y vocera del FOMAG, a través de apoderado judicial, presentó oposición a las pretensiones incoadas en su contra y, como argumentos de defensa, adujo que se encuentra imposibilitada jurídicamente para afiliar al menor, toda vez que en atención a lo establecido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro

¹ Archivo 1 Expediente Digital

² Archivo 5 Expediente Digital

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D.C.

del grupo familiar básico que pueda ostentar la calidad de beneficiario solo se encuentran los nietos del docente hasta los primeros 30 días de nacido, cuando la hija del docente sea beneficiaria del afiliado, por lo que el menor Keitn Esteban Zamora Daniels no cumple con los requisitos señalados para pertenecer al régimen de excepción del magisterio, razón por la cual no puede ser afiliado; no obstante, entidad afilió al menor como beneficiario de la actora de conformidad con la Sentencia de Tutela No. 075, de manera transitoria por 4 meses mientras se dirime dentro del proceso jurisdiccional la pretensión de afiliación.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva e imposibilidad jurídica y material frente a la afiliación del menor.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL³

El vinculado ente ministerial se opuso a las pretensiones formuladas en el *libelo* genitor, aduciendo que no es la entidad facultada por la ley para prestar servicios de salud, toda vez que esa función está reservada para las EPS, las IPS, las ESE y demás entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva e improcedencia de la tutela.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Sentencia S-2019-001246 del 17 de septiembre de 2019, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, ordenó a la FIDUPREVISORA S.A. y/o al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, proceda de forma inmediata a afiliarse al Subsistema de Salud del

³ Archivo 7 Expediente Digital

⁴ Archivo 8 Expediente Digital

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D.C.

Magisterio al menor Keitn Esteban Zamora Daniels en calidad de beneficiario de la señora MARÍA TERESA CIFUENTES CASTILLO.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, previa mención de las pruebas documentales aportadas, que la jurisprudencia constitucional ha establecido que los regímenes especiales en salud no son contrarios a la ley siempre y cuando los servicios y beneficios que otorgan a sus afiliados y beneficiarios no sean desfavorables en relación con el régimen general. Agregó, que si bien dentro de las personas que pueden ser beneficiarias de los docentes y pensionados adscritos al Magisterio solo se encuentran los nietos por un periodo de treinta (30) días, el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015 que modificó el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, incluyó dentro del núcleo familiar del afiliado cotizante a los menores entregados en custodia legal por autoridad competente, por lo que el menor se encontraba cobijado dentro de las personas que pueden ser incluidas como beneficiarios de su abuela.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la FIDUPREVISORA S.A. presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, en síntesis, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda relativos a que la entidad se encuentra imposibilitada jurídicamente para afiliar al menor, toda vez que en atención a lo establecido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro del grupo familiar básico que pueda ostentar la calidad de beneficiario solo se encuentran los nietos del docente hasta los primeros 30 días de nacido, cuando la hija del docente sea beneficiaria del afiliado, por lo que el menor Keitn Esteban Zamora Daniels no cumple con los requisitos señalados para pertenecer al régimen de excepción del magisterio, razón por la cual no puede ser afiliado; no obstante, se afilió al menor como beneficiario de la actora de conformidad con la Sentencia de Tutela No. 075,

de manera transitoria por 4 meses mientras se dirime dentro del proceso jurisdiccional la pretensión de afiliación.⁵

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada⁶, el determinar si la FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, se encuentra obligada a afiliar como beneficiario del servicio de salud de la demandante a su nieto Keitn Esteban Zamora Daniels.

CONSIDERACIONES

Inicialmente lo que debe destacar la Sala, de acuerdo a los hechos en que se sustenta la acción y la postura asumida por la entidad recurrente, es que no es objeto de controversia en esta instancia judicial el hecho que el menor Keitn Esteban Zamora Daniels es nieto de la señora MARÍA TERESA CIFUENTES CASTILLO, que este se encuentra bajo su custodia y cuidado personal y que mediante sentencia de tutela se ordenó a la FIDUPREVISORA S.A. afiliar al menor como beneficiario en salud de la promotora de la acción, de forma transitoria, mientras se define de fondo la controversia, por lo que la mencionada entidad procedió a efectuar dicha afiliación, el 30 de agosto de 2019, en calidad de hijo adoptivo de la demandante, según se desprende del certificado de afiliación aportado con la contestación de la demanda (Archivo 5 Expediente Digital).

En ese sentido, la controversia puesta en conocimiento de la Sala, tal como se dejó sentado desde el planteamiento del problema jurídico, se cierne

⁵ Archivo 9 Expediente Digital

⁶ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D.C.

en establecer si es procedente o no afiliarse de forma definitiva, en calidad de beneficiario de la demandante, en los mismos términos que establece el Régimen General de Seguridad Social en Salud, al menor Keitn Esteban Zamora Daniels dentro del Régimen Especial de Salud dispuesto para los docentes y pensionados adscritos al Magisterio.

Ahora, de acuerdo con lo esgrimido por la FIDUPREVISORA S.A., conforme a lo establecido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el grupo familiar básico que puede ostentar la calidad de beneficiario del servicio de salud está conformado de la siguiente manera:

“- Cónyuge o compañera permanente siempre y cuando no este afiliado a otro régimen de excepción o al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- Hijos menores de 18 años.

- Los hijos de los afiliados entre 18 y 25 años que dependan económicamente del afiliado y que cursen estudios formal y de educación para el trabajo y desarrollo humano con base en lo establecido en el Decreto 2888 del 2007, el cual fue derogado por el Decreto 4904 de 2009 previa certificación y/o recibo y pago de la matrícula del periodo que se curse

- Los hijos del afiliado, sin límite de edad, cuando tengan una incapacidad permanente y dependan económicamente del afiliado.

- Los nietos del docente hasta los primeros 30 días de nacido, cuando la hija del docente sea beneficiaria del afiliado.

- Padres de cotizantes solteros sin hijos y dependan económicamente de este y no le asista la obligación de estar afiliado al régimen de excepción o al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que ellos no tengan como beneficiarios hijos, cónyuge o compañero permanente.

- Los hijos: (i) los nacidos dentro del matrimonio o unión marital de hecho; (ii) los de cada uno de los integrantes del matrimonio o unión marital de hecho”

Por su parte, en tratándose del SGSSS, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015, dispone que el núcleo familiar del afiliado cotizante estará constituido por:

“a) El cónyuge.

b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente.

- c) Los hijos hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del afiliado.
- d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado.
- e) Los hijos del cónyuge o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales e) y d) del presente artículo.
- f) Los hijos de beneficiarios y hasta que dichos beneficiarios conserven su condición.
- g) Las personas identificadas en los literales e), d) y e) del presente artículo que están a cargo del afiliado familiar hasta el tercer grado de consanguinidad como consecuencia del fallecimiento o la ausencia de sus padres o la pérdida de la patria potestad por parte de los mismos.
- h) A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de este.
- i) **Los menores entregados en custodia legal por la autoridad competente.**” (Énfasis de la Sala).

Como se puede observar, existe una franca diferenciación entre el Régimen General de Salud y el Régimen especial aplicable a los docentes y pensionados adscritos al Magisterio respecto las personas que pueden ostentar la calidad de beneficiarios, pues mientras el primero incluye expresamente a los menores entregados en custodia, el segundo no tiene dispuesta su posibilidad de afiliación, aspecto que, en criterio de este Cuerpo Colegiado, es contrario los postulados superiores dispuesto en los artículos 44 y 48 de la Constitución Política, en tanto disponen que son derechos fundamentales de los menores la salud y la seguridad social, que esta última es un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional, en consonancia con el literal a) del artículo 6º de la Ley 1751 de 2015, el cual prescribe que, “Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida.”

Como acertadamente lo expuso el A quo, la Corte Constitucional ha sostenido en diversos pronunciamientos que la existencia de regímenes especiales de seguridad social no es contraria a la Constitución, siempre y cuando los servicios y beneficios que en aquellos se otorga a los afiliados y beneficiarios no sean desfavorables respecto de los del régimen general, postulado que en este caso no se está cumpliendo, en atención a que la posibilidad de incluir beneficiarios del servicio de salud que tienen los docentes y pensionados adscritos al Magisterio es restrictiva en relación con la posibilidad que tienen los afiliados al Régimen General de Seguridad Social en Salud, diferenciación que no se encuentra amparada por la Carta Magna.

La H. Corte Constitucional, al resolver en sede de tutela un caso con contornos fácticos similares a los discutidos en el sublite, reiteró su doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

“17. *El Sistema Integral de Seguridad Social se rige por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones; no obstante, conforme al artículo 279 de aquella normatividad, no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quienes se encuentran cobijados por un régimen exceptuado.*

18. *Es preciso indicar que el régimen de los cotizantes y beneficiarios al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personaría jurídica, el cual tiene entre sus objetivos el de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales a sus afiliados. Los recursos del Fondo son manejados por la Fiduprevisora S.A., quien debe contratar a distintas IPS para la prestación de los servicios de salud.*

19. *El Fomag cuenta con un Consejo Directivo, que se encarga de determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, por lo tanto, es el responsable de establecer las coberturas, las condiciones en que se presta el servicio y los beneficiarios de ese régimen especial.*

20. *Ahora, si bien el Fondo tiene la facultad de establecer las políticas en materia de salud para sus miembros, **eso no implica que éstas puedan desconocer los principios y garantías contenidos en los artículos 48 y 49 de la Constitución.***

21. *Sobre este particular **la Corte ha sostenido, que la existencia de los regímenes exceptuados, como lo es, el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no desconoce los principios constitucionales, en especial al de igualdad, siempre y cuando las normas que rigen a este mejoren las condiciones de sus***

miembros y no le sean desfavorables en relación con el régimen general.

22. Lo anterior, toda vez que esa regulación debe estar acorde con los parámetros legales y constitucionales vigentes, tal como lo ha señalado esta Corporación. Así, en sentencia T-515A de 2006 la Corte puntualizó que, si bien en materia de seguridad social en salud, los afiliados al Fomag no se rigen por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, si no por las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, **“la excepcionalidad del régimen propio de los docentes no lo hace ajeno a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política”**.

Igualmente, en providencia T-1028 de 2006 al reiterar la sentencia T-515A de 2006 señaló que “el carácter excepcional del régimen de seguridad social indicado, **no implica en manera alguna -ha dicho la Corte-, que los principios generales de la seguridad social queden por fuera de su regulación”**.”

23. Ahora bien, en el caso particular de la regulación que rige a los afiliados al Fomag en materia de salud, observa la Sala que entre los beneficiarios del cotizante no se contempla a los menores entregados en custodia legal por la autoridad competente, los cuales sí están incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social en Salud.

24. Teniendo en cuenta la diferencia de trato que se desprende de ambas normatividades, estima la Corte oportuno hacer un análisis para determinar si el mismo genera un desconocimiento del principio de igualdad. La relevancia de tal evaluación parte de considerar que los sujetos regulados por ambos regímenes son susceptibles de ser comparados, si se tiene en cuenta que en los dos casos, (i) se está frente a niños destinatarios de una medida de protección, como lo es, la custodia, (ii) su reconocimiento como beneficiarios es un instrumento necesario para acceder a las prestaciones en materia de salud y (iii) las personas a cuyo cargo se encuentra la custodia se hallan afiliadas al sistema de salud.

La diferencia de trato, como se señaló con anterioridad, se concreta en el hecho de que en el régimen general de seguridad social en salud, los niños, niñas y adolescentes dados en custodia, hacen parte del grupo familiar de quien la ejerce, la cual no ocurre en el del Fomag, toda vez que de la normatividad establecida para tal régimen no se observa que estos menores de edad se encuentren incluidos como beneficiarios del cotizante afiliado.

En atención a la afectación del mandato de trato igual entre grupos de personas cuyas similitudes son más relevantes que sus diferencias, es procedente determinar si la distinción está justificada. **Para ello es necesario la aplicación de un juicio integrado de igualdad de intensidad estricta en tanto la medida afecta el derecho fundamental a la salud de los niños que, constitucionalmente, son considerados sujetos de especial protección**. En esa dirección este Tribunal debe establecer si la diferencia existente (i) persigue un propósito constitucional imperioso, (ii) es efectivamente conducente y necesaria para alcanzarlo y, finalmente, (iii) si es estrictamente proporcionada.

La Corte encuentra que la medida bajo examen no supera ni siquiera el primer presupuesto, toda vez que **no se evidencia ningún propósito o razón que pueda justificar que los niños bajo custodia de una persona afiliada al régimen del Fomag no puedan ser beneficiarios en salud de esta última**. De hecho esta medida le impide a los menores acceder a los servicios de salud y, a las personas que los tienen bajo su cuidado, ejercer los deberes jurídicos de protección de sujetos que, se insiste, son destinatarios de una especial protección constitucional.

25. Por tal razón, la Sala considera que **se desconoce el principio de igualdad de los afiliados al Fomag al no incluirse a estos niños y adolescentes como beneficiarios**, toda vez que tal situación representa una desmejora frente a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud; el desconocimiento del interés prevalente de los menores; así como de los principios de solidaridad, universalidad, al no tener en cuenta la necesidad de ampliar la cobertura del sistema a favor de los menores otorgados en custodia legal; y el de accesibilidad al ser obstaculizada su afiliación.

En oportunidades anteriores, al resolver asuntos en los que el Fomag se negó a afiliar a niños entregados en custodia, la Corte dispuso su vinculación al sistema. En efecto, en sentencia T-218 de 2013 puntualizó que: “los funcionarios encargados de aplicar las normas relativas a la prestación de los servicios de salud, deber[ían] siempre seguir, como principio orientador de sus decisiones, el interés prevaleciente y superior del menor, y esta decisión en extremo formalista no puede ser considerada como de aquellas que respetan dicho principio”.

Y posteriormente en sentencia T- 177 de 2017 señaló que “[L]os menores de edad, entregados en custodia legal por la autoridad competente, tienen derecho ser incluidos al Subsistema de Salud del Magisterio, en calidad de beneficiarios de los docentes cotizantes encargados de su cuidado, pues, de lo contrario se desconocen los principios de igualdad, solidaridad, acceso al sistema de seguridad social y los derechos fundamentales de protección que deben garantizarle a los niños, niñas y adolescentes”.

26. **En este orden ideas, y con el propósito de que el régimen exceptuado del Fomag, no desconozca los principios de los derechos a la seguridad social y a la salud, se debe hacer una interpretación sistemática del precepto normativo, y considerar incluidos como beneficiarios del subsistema de salud, a los menores entregados en custodia legal por autoridad competente a alguno de sus afiliados, figura respecto de la cual se hará un breve desarrollo a continuación.**⁷(Énfasis de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, es claro para la Sala que la FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, tiene la

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-042 de 2020
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

obligación de realizar todas las actuaciones y diligencias tendientes a que los menores entregados en custodia por autoridad competente a sus afiliados para que puedan ser incluidos como beneficiarios del servicio de salud del que estos gozan en calidad de cotizantes.

Ahora bien, la supuesta imposibilidad jurídica y material que alega la recurrente para afiliar en calidad de beneficiario de la señora MARÍA TERESA CIFUENTES CASTILLO al menor Keitn Esteban Zamora Daniels, por no estar incluido dentro del grupo familiar básico que puede ostentar la calidad de beneficiario del servicio de salud conforme a lo establecido por el Consejo Directivo del FOMAG, lo cual no encuentra soporte en los elementos de convicción que reposan en el plenario, pues por el contrario, tal como se dejó sentado al inicio de este proveído, la FIDUPREVISORA S.A. procedió a efectuar dicha afiliación, el 30 de agosto de 2019, en calidad de hijo adoptivo de la promotora de la acción, según se desprende del certificado de afiliación aportado con la contestación de la demanda (Archivo 5 Expediente Digital), es decir, no existe impedimento alguno para que al referido menor se le garantice su derecho fundamental a la salud recibiendo como beneficiario los mismos servicios de que goza su abuela en calidad de cotizante.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, no esgrimió la recurrente ningún argumento de hecho o de derecho con la identidad y contundencia suficientes para controvertir la decisión de primera instancia, razón suficiente para confirmar la misma en su integridad

Las costas de esta instancia estará a cargo de la FIDUPREVISORA S.A., por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

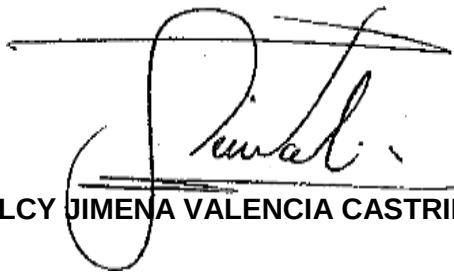
RESUELVE:

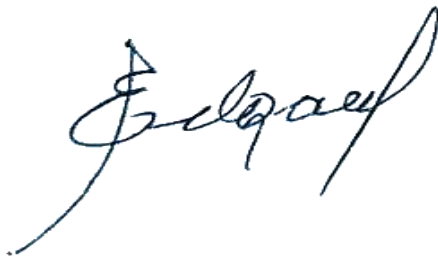
PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia S-2019-001246 del 17 de septiembre de 2019, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de FIDUCIARIA LA PREVISORA-FIDUPREVISORA S.A, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

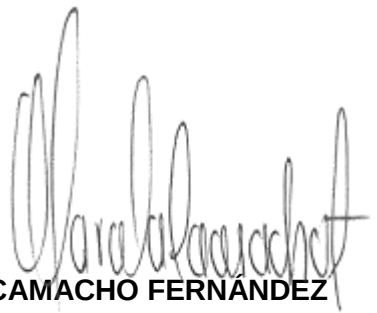
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ