

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2019-00749 -01
Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS
E.P.S.**
Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE
SALUD.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por ECOOPSOS ESS E.P.S.-S en contra de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2018 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que la **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD- ECOOPSOS “ESS- E.P.S.-S”** promoviese en contra del **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE SALUD DE BOYACÁ.**

Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS E.P.S.**

Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE SALUD.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la entidad pretende se declare que prestó servicios NO POS a población del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, en virtud de conceptos del Comité Técnico Científico o por órdenes de los jueces de tutela que en sus fallos establecían la facultad de recobrar los servicios prestados; y que el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ es económicamente responsable por los anteriores servicios NO POS prestados a los afiliados del sistema de seguridad social en salud. Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARÍA DE BOYACÁ el pago de los recobros por los servicios de salud no incluidos en el POS en mención; se condene a reparar integralmente los perjuicios causados con el daño ocasionado por su actuar y consecuentemente a pagar una suma equivalente al valor que ha dejado de percibir por financiar la prestación del servicios de salud en favor del Estado y el Departamento para el cumplimiento de los fallos de tutela y Comités Técnico Científicos que ordenaban la prestación de tales servicios de salud, por el valor de los intereses bancarios corrientes a título de lucro cesante; y que se condene al pago de intereses moratorios.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la entidad argumenta que: **1)** Presta servicios incluidos en el POS a la población afiliada al Régimen Subsidiado del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ; **2)** Cuando los usuarios han requerido servicios de salud NO POS, han acudido al Comité Técnico Científico e incluso

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2019-00749 -01
Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS
E.P.S.**
Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE
SALUD.**

a instancias judiciales mediante acciones de tutela para que las I.P.S. presten el correspondiente servicio, quien a su vez ha cobrado los mismos; **3)** Ha realizado el pago de los anteriores servicios, y ha cobrado al ente territorial, una vez ha recaudado la totalidad de los soportes para generar los recobros con la correspondiente facturación; **4)** La SECRETARÍA DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ se ha negado a reconocer el pago de los servicios prestados, generando glosas por extemporaneidad en la radicación de las facturas, lo que le produce un daño que no tiene el deber jurídico de asumir; y **5)** Los recobros glosados ascienden a 56, con un valor total de \$320'648.041,12.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARÍA DE SALUD (fl.48), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la excepción de mérito que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva.

Expresó, que del valor de los \$320'648.041,12 sólo fueron glosados por extemporaneidad, \$36'700.856,39, por lo que, el valor restante, esto es, \$283'947.184,73, se encuentran en estado de glosa ratificada por cuanto no respondieron y/o soportaron el proceso para el levantamiento de la glosa dentro del proceso de la auditoría, de modo que cada una de las facturas debía ser verificada; y que para efectos de la prescripción se debía tener en cuenta los términos legales establecidos en el Decreto 1281 de 2002, Decreto 019 de 2012 y Ley 1753 de 2015, por lo que, de lo contrario se estaría frente a recobros extemporáneos, normas que por demás no han fijado su retroactividad, de modo que, deben ser vistas en torno a la vigencia de cada una de tales normas.

Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS E.P.S.**

Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARÍA DE SALUD.**

Manifestó que citó a la entidad accionante para que los días 19 y 20 de septiembre de 2016 allegara de manera verbal o escrita la respuesta a las glosas informadas por la Secretaría producto del proceso de auditoría, no obstante, la actora no asistió; y que por lo anterior, la revisión se efectuó teniendo en cuenta las respuestas a las glosas allegadas por la EPS y que reposaban en la entidad.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 26 de febrero de 2018, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos (fls. 116 a 120 del Cuaderno del Tribunal):

(...) **SEGUNDO. - ACCEDER PARCIALMENTE** a las pretensiones formuladas por el abogado de la ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD- ECOOPSOS ESS- EPS'S, en contra del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE BOYACÁ por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. - ORDENAR al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE BOYACÁ, a pagar a favor de la ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD- ECOOPSOS ESS- EPS'S, la suma de \$48'943.594,12, correspondientes a los 52 recobros por la prestación de servicios de salud no incluidos en el POS. Dicho pago deberá realizarse dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO. - DENEGAR el reconocimiento y pago de la suma de \$271'704.447 por concepto de 4 solicitudes de recobro, discriminadas en el numeral 7.1.4. Recobros con glosa POS fundada de la parte motiva de esta providencia

QUINTO. - ORDENAR al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE BOYACÁ pagar la suma de \$2'447.179,71 a favor de la ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD- ECOOPSOS ESS- EPS'S, por concepto de agencias en derecho.

SEXTO. - ORDENAR al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE BOYACÁ pagar a favor de la ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD- ECOOPSOS ESS- EPS'S, los intereses moratorios sobre el valor de las 15 solicitudes de recobro radicadas oportunamente en los términos establecidos en el numeral

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2019-00749 -01
Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS
E.P.S.**
Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE
SALUD.**

7.4. Intereses moratorios de la parte motiva, esto es, liquidados desde el vencimiento del término establecido en el artículo 13 de la Resolución 3099 de 2008 o del artículo 35 de la Resolución 5395 de 2013 hasta la fecha en que se efectúe el pago de los mismos, los cuales deben ser liquidados a la tasa de interés moratorio para los tributos administrados por la DIAN para el periodo de pago.

SÉPTIMO. - NEGAR el pago de los intereses corrientes pretendidos por el apoderado de la ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD- ECOOPSOS ESS- EPS'S, como lucro cesante

OCTAVO. - DECLARAR la no prosperidad de la excepción "Falta de legitimación en la causa por pasiva"

NOVENO. - Sin costas en esta instancia.

DÉCIMO. - ADVERTIR a todos los involucrados en el proceso, que en virtud del artículo 25 de la Ley 1797 de 2016, el incumplimiento a lo ordenado en providencia judicial proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, bajo funciones jurisdiccionales, acarrea las mismas sanciones consagradas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

En síntesis, refirió que el trabajo de la SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ guarda injerencia directa con el proceso de auditoría de recobros y, en consecuencia, en la imposición de glosas que impiden el desembolso de los dineros pretendidos, por concepto de servicios NO POS, por lo que la demandada tiene legitimación en la causa.

Indicó que de los 56 recobros, 40 fueron glosados por causal de extemporaneidad, empero, tres fueron radicados de manera oportuna por la actora ante la SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ; que pese a lo anterior, el artículo 111 del Decreto Ley 019 de 2012, establece la posibilidad de pagar los recobros rechazados por extemporaneidad, siempre y cuando no hubiese operado el fenómeno de la caducidad previsto para la reparación directa, esto es, dos años contados desde el día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión, u operación administrativa, etc; que lo anterior, se reiteró en el artículo 112 de la Ley 1737 de 2014, siendo exigibles en tal sentido los 37 recobros glosados; que seis recobros fueron glosados por "Acta CTC", sin embargo, al tratarse de servicios de transporte prestados con ocasión de tutelas, son procedentes; que en dos

Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS E.P.S.**

Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE SALUD.**

recobros, el Acta CTC ordenaba el servicio suministrado, por lo que la glosa era infundada; que hay seis recobros donde la glosa es infundada, ya que, se pudo establecer que la tecnología en salud recobrada no se encontraba incluida en el plan de beneficios para la patología que padecía el respectivo paciente para la fecha de prestación del servicio; que de cuatro recobros, entre los que se incluyen las facturas 37386 y 37681, sus glosas son fundadas, como quiera que la tecnología reclamada hacía parte del plan de beneficios vigente para la fecha de la prestación del servicio; y que los 52 recobros con glosas infundadas equivalen a \$48'493.594,12.

Expuso que no tiene competencia para resolver sobre juicios de imputación de daños e indemnización de perjuicios; que dentro de los procesos de recobros únicamente se permite el reconocimiento de intereses moratorios; que según el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, los recobros que no resultaron extemporáneos, esto es, los que se reclamaron dentro del año de que trata el Decreto Ley 019 de 2012, generaron intereses moratorios; y que los anteriores intereses se calcularán desde el vencimiento del término previsto en las Resoluciones 3099 de 2008 o 5395 de 2013, de acuerdo a la época de presentación del recobro hasta que se haga efectivo el respectivo desembolso.

Concluyó expresando que no se causaron costas, ya que no se generó expensas, o erogación procesal, no siendo así con las agencias en derecho, que serán el 5% de la pretensión reconocido, según acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura.

IV. APELACIÓN

PARTE ACTORA. (fls. 74 a 85).

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2019-00749 -01
Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS
E.P.S.**
Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE
SALUD.**

Manifestó frente a los recobros 37386 y 37681 que los servicios se prestaron en mayo de 2009, por lo que estaban regulados por los Acuerdos 228 y 236 de 2002, 282 de 2004, y 306 de 2005 expedidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS, de modo que, es allí donde se debe verificar si estaban o no incluidos los servicios prestados en el POS; que es menester observar el principio activo para la inclusión o no de los servicios prestados y que se cobran mediante las facturas 37386 y 37681, siendo el del primero, Doripenem, y el del segundo, Itraconazol; que al verificarse tales normatividades, no se encuentra que estén incluidos en el POS los medicamentos suministrados y que se cobran en las facturas 37386 y 37681; y que a través de la Circular 04 de 2012 la Comisión Nacional de Medicamentos y Dispositivos Médicos estableció valores máximos de recobro e incorporó en el régimen de control directo, los medicamentos de las facturas 37386 y 37681, señalándose expresamente que no hacen parte del POS.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el **problema jurídico** se

Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS
E.P.S.**

Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE
SALUD.**

circunscribe a determinar si los servicios prestados y que se encuentran determinados concretamente en las facturas con N° 37386 y 37681 no hacen parte del P.O.S, y si en consecuencia deben ser asumidos por el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.

RECOBROS POR SERVICIOS NO POS.

El recobro en salud es una respuesta del sistema de seguridad social en salud tendiente a que todos los habitantes del territorio nacional gocen de una protección integral en salud, (Artículo 162 de la Ley 100 de 1993) pues permite que éstos accedan a determinados servicios o tecnologías que no están contempladas en el POS hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS).

En relación con el papel de sistema de seguridad social en salud, la H. Corte Constitucional en sentencia T- 418 de 2013 expuso que, el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante, conforme al literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993. De modo que el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

En cuanto a la fuente de financiación de los servicios o tecnologías que sea necesario reconocer a un paciente para recuperar su salud, dijo la H. Corte Constitucional en sentencia T-224 de 2020 que ello no puede convertirse en un obstáculo para que éste acceda a ellos. En tal sentido, las E.P.S. e I.P.S. deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con

Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS
E.P.S.**

Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE
SALUD.**

independencia de sus reglas de financiación, de manera que, una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente.

Es así como el P.O.S. establece una serie de parámetros o premisas que deben atender las EPS de forma obligatoria para la atención en servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, se encuentran previstos en los Acuerdos 008, 226, 228, 236, 263, 282, 259, 302, 306, 313, 336, 350, 356, 368 y 380 proferidos por la Comisión de Regulación en Salud, teniendo en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso.

De acuerdo con lo dispuesto en la citada normatividad, es procedente el recobro de los medicamentos no incluidos en el P.O.S., en dos eventos: i) cuando se trata de un procedimiento practicado en virtud de una orden judicial en un fallo de tutela y ii) cuando el procedimiento requerido por el paciente haya sido autorizado por el Comité Técnico Científico o CTC, conforme al procedimiento y limitantes que allí se establecen para tal aprobación.

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia T-313 de 2014 con fundamento en la sentencia la T-760 de 2008 señaló que en caso de duda acerca de la exclusión o no de un servicio de salud del P.O.S., debe aplicarse la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona, de conformidad con el principio *pro homine*; que la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia; y que una interpretación expansiva de las exclusiones es incompatible con el principio *pro homine*.

Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS E.P.S.**

Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE SALUD.**

Con base en lo precedente, para determinar la responsabilidad del Departamento de Boyacá en el asunto puesto en conocimiento de la jurisdicción, es necesario tener en cuenta las competencias de los departamentos en la prestación del servicio de salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, norma que dispone:

“Artículo 43. Competencias de los departamentos en salud.

Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

(...) **43.2.** De prestación de servicios de salud.

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.

43.2.3. Adoptar, difundir, implantar, ejecutar y evaluar la Política de Prestación de Servicios de Salud, formulada por la Nación.

43.2.4. Organizar, dirigir, coordinar y administrar la red de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas en el departamento.

43.2.5. Concurrir en la financiación de las inversiones necesarias para la organización funcional y administrativa de la red de instituciones prestadoras de servicios de salud a su cargo.

43.2.6. Efectuar en su jurisdicción el registro de los prestadores públicos y privados de servicios de salud, recibir la declaración de requisitos esenciales para la prestación de los servicios y adelantar la vigilancia y el control correspondiente.

43.2.7. Preparar el plan bienal de inversiones públicas en salud, en el cual se incluirán las destinadas a infraestructura, dotación y equipos, de acuerdo con la Política de Prestación de Servicios de Salud.

43.2.8. Vigilar el cumplimiento de las normas técnicas dictadas por la Nación para la construcción de obras civiles, dotaciones básicas y mantenimiento integral de las instituciones prestadoras de servicios de salud y de los centros de bienestar de anciano”.

Así mismo, el artículo 29 de la Ley 1438 de 2011, determina:

Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS E.P.S.**

Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE SALUD.**

“ARTÍCULO 29. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Los entes territoriales administrarán el Régimen Subsidiado mediante el seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados dentro de su jurisdicción, garantizando el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios.

El Ministerio de la Protección Social girará directamente, a nombre de las Entidades Territoriales, la Unidad de Pago por Capitación a las Entidades Promotoras de Salud, o podrá hacer pagos directos a las Instituciones Prestadoras de Salud con fundamento en el instrumento jurídico definido por el Gobierno Nacional. En todo caso, el Ministerio de la Protección Social podrá realizar el giro directo con base en la información disponible, sin perjuicio de la responsabilidad de las entidades territoriales en el cumplimiento de sus competencias legales. El Ministerio de la Protección Social definirá un plan para la progresiva implementación del giro directo.

La Nación podrá colaborar con los municipios, distritos y departamentos, cuando aplique, con la identificación y registro de los beneficiarios del Régimen Subsidiado.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los distritos y los municipios de más de cien mil habitantes (100.000) podrán continuar administrando los recursos del Régimen Subsidiado hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2012, utilizando el instrumento jurídico definido en el presente artículo”.

CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

- i) Mediante acción de tutela del 27 de abril de 2009, proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Medellín, se dispuso que ECOOPSOS E.P.S.-S debía sufragar todos los medicamentos del señor Alexander Carmona Henao, quien padecía de una Hemofilia tipo A Severa con InhibidorLS, con cuadro de hemartrosis; decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín- Sala Laboral del 13 de mayo de 2009 (fls.1215 a 1239).
- ii) ECOOPSOS E.P.S. solicitó el recobro de servicios que prestó al señor Alexander Carmona Henao el 14 de marzo y el 15 de septiembre de 2009, como consecuencia del fallo de tutela del Juzgado 19 Laboral

Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS E.P.S.**

Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE SALUD.**

del Circuito de Bogotá del 27 de abril de 2009, lo que hace a través de las facturas de venta **001437386 y 001437681**, las que datan del 21 de mayo y 26 de junio de 2014, respectivamente (fls. 1099, 1100, 1401, y 1402).

- iii) Las facturas de venta **001437386 y 001437681** fueron glosadas por extemporaneidad, según medio óptico adjuntado con la demanda (fl.1).
- iv) En informe técnico rendido por la Superintendencia Nacional de Salud se estableció que los medicamentos **DORIPENEM e ITRACONAZOL hacían parte del POS** (medio óptico de folio 1). No obstante, en el 04 de septiembre de 2018, el Ministerio de Salud y Protección Social en respuesta a derecho de petición elevado por la parte actora señaló que los medicamentos aludidos **no** hacían parte del POS (fls. 137 a 142).

Conforme a lo anterior, la primera controversia que se observa que se suscitó tuvo origen, concretamente, en el suministro al señor Alexander Carmona Henao, usuario del sistema de seguridad social en salud de los medicamentos denominados **DORIPENEM e ITRACONAZOL**, que a juicio de la parte demandada no están incluido en el P.O.S, en contraste con lo referido por el A Quo, quien estimó que sí lo estaban.

De esta manera, la Sala procedió a efectuar una revisión pormenorizada de los Acuerdos 226, 228, 236 de 2002, 259, 263, 282 de 2004, 302, 306, 313 **de 2005**, 336, 350 **de 2006**, 356, 368 y 380 **de 2007**, proferidos por la Comisión de Regulación en Salud, encontrando que ciertamente los medicamentos denominados **DORIPENEM e ITRACONAZOL** no estaban enlistados en el POS para la época en que se prestaron los servicios en virtud de la acción de tutela -2009-, y por el

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2019-00749 -01

Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS
E.P.S.**

Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE
SALUD.**

contrario, en la Circular 4 de 2012, se determina que estos insumos tienen valores máximo de cobro por no estar incluidos en el plan de beneficios de salud; además, se cuenta con una respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social, en la que se establece que dichos medicamentos no hacen parte del POS.

Por tanto, se procederá a verificar si las glosas por extemporaneidad sobre los recobros aludidos se ajustan a derecho.

Al respecto, observa la Sala que en las facturas **001437681 y 001437386**, se prestaron los correspondientes servicios médicos el 14 de marzo y el 15 de septiembre de **2009**, no obstante, tienen como fechas de emisión el 21 de mayo y el 26 de junio de **2014**, por lo que, a juicio de la Sala, se hace necesario verificar si son extemporáneas, pues entre la fecha de prestación del servicio, y la emisión de la correspondiente factura transcurrieron más de tres años.

Sobre el tópico, se rememora que **el caso concreto fue asignado a la especialidad laboral por mandato del Consejo Superior de la Judicatura- Sala Disciplinaria, tal y como da cuenta la providencia del 06 de noviembre de 2019** (cuaderno del Consejo Superior de la Judicatura); por lo que, las normas que imperan en el asunto son las de la materia, esto es, concretamente el Art.151 del C.P.T y de la S.S, que señala un término de tres años desde que la obligación se hizo exigible, el cual se podrá interrumpir con el simple reclamo efectuado por el trabajador o la entidad de seguridad social.

En gracia de discusión, y dado que conforme el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia (Sala Plena el 23 de marzo del 2017, Exp. 110010230000201600178-00, reiterado el 25 de mayo del mismo año, Exp. 110010230000201600260-00), en los casos

Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS E.P.S.**

Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE SALUD.**

que el litigio versa sobre facturas, la competencia sería de la especialidad civil, y en este caso, por cuanto se demanda un ente público, sería competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (mirar providencia del 12 de abril de 2018, APL1531-2018, Exp. 110010230000201700200-01), la conclusión a la que se arribaría sería exactamente la misma, esto es, que el término de prescripción es de tres años. Lo dicho, por cuanto en pronunciamiento del H. Consejo de Estado, sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, se consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

"2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.

En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:

Art. 772 3. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.

No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.

Art. 779 4. Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.

Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

"Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2019-00749 -01
Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS
E.P.S.**
Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE
SALUD.**

Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como "...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito". De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados 'Facturas', a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: "las facturas de venta allegadas, cumplan en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...".

La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.

Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, que goza de un término de prescripción de tres años y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas".

En consecuencia, considera la Sala que, habiéndose emitido las facturas en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria".

Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS E.P.S.**

Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE SALUD.**

En este orden de ideas, reitera la Sala que las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, que para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos de ley y que prescriben en tres años."

Así las cosas, le asiste razón al Aquo, en cuanto a que los recobros se presentaron de forma extemporánea y/o que operó el fenómeno prescriptivo, dado que la prestación del servicio del recobro identificado con número **37386** es del **15 de septiembre de 2009**, y la fecha de la factura del **21 de mayo de 2014**, esto es, cuando habían transcurrido 4 años, 8 meses y 7 días desde la fecha de su exigibilidad. Asimismo, en la solicitud del recobro se hace alusión a que esta fue radicada el 11 de noviembre de 2009, y que el número de factura era 1531605, no obstante, tal documento no fue allegado al plenario, aportándose otra factura, la de radicado 00149791, sobre la que no se está haciendo el recobro y en la que únicamente se está señalando genéricamente si lo que se está recobrando es el medicamento con producto activo DORIPENEM, pues no se especifica tal concepto, así como tampoco el valor es siquiera coincidente con la factura 0014 37386, pues en aquella se recobra la suma de \$124'188.879 y, en esta, \$94'285.448, por lo que se carece de certeza si la solicitud es sobre el mismo insumo.

En igual sentido, la factura **37681** data del **26 de junio de 2014**, y la prestación del servicio que se solicita es del **14 de marzo de 2009**, esto es, de 5 años, 3 meses, y 13 días, por lo que, a juicio de la Sala se presentó de forma extemporánea. Igualmente, se aclara que en la solicitud del recobro se hace alusión a una fecha de radicación del 01 de octubre de 2013, fecha respecto de la cual también operaría el fenómeno prescriptivo, pues a tal fecha habían transcurrido 4 años, 6 meses y 18 días.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2019-00749 -01

Demandante: **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA ECOOPSOS E.P.S.**

Demandado: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE SALUD.**

En consecuencia, se considera que le asiste razón al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ al establecer que tales recobros se allegaron de forma extemporánea, por lo que, se CONFIRMARÁ la sentencia por las razones expuestas en esta providencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

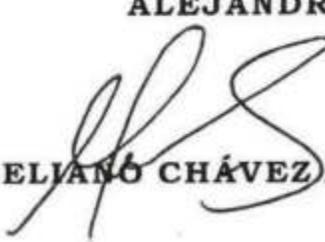
SEGUNDO- Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01063 -01
Demandante: **DELKIN VALENCIA CACUA.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de SALUD TOTAL E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **DELKIN VALENCIA CACUA** en contra de **SALUD TOTAL E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende el pago una **incapacidad** por valor de \$600.000.

Demandante: **DELKIN VALENCIA CACUA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

2. HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** El 03 de noviembre de 2016 fue atendido por la Dra. Angélica Rojas Duran, quien ordenó una cita con Medicina Especializada- Dermatología; **2)** El 02 de febrero de 2017 fue atendido por la Dra. María Zulma Plata, quién también lo remitió a Medicina Especializada- Dermatología, y el 02 de marzo de 2017 tomó una muestra de la masa; **3)** El 06 de abril de 2017, la Dra. María Zulma Plata evaluó sus resultados y lo remitió consulta especializada cirugía general; **4)** El 11 de abril de 2017 nuevamente lo atiende el Dr. Luis Carlos Uribe Uribe, quien también lo remite a consulta especializada cirugía general, y le indica el 17 de abril de 2017 que presenta un quiste pilonidal sobre el que se debe realizar su resección; **5)** Ante la falta de citas para la cirugía, envió carta a la demandada, quien respondió que remitió orden al Centro Médico Chicamocha Conucos, en donde fue agendada cita para el 28 de julio de 2017; **6)** Fue programado para cita con anesthesiólogo para el 15 de agosto de 2017, la que tuvo que ser reprogramada hasta el 15 de noviembre del mismo año, cita en la que le fue programada cirugía para el 22 de enero de 2018; **7)** La cirugía se realizó con éxito, y se otorga una incapacidad de 15 días, del 22 de enero al 05 de febrero de 2018; y **8)** Radicó la incapacidad, pero fue rechazada por mora del empleador.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

SALUD TOTAL E.P.S. no contestó la demanda.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 49 a 52), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 20 de agosto de 2020,

en la que **CONDENÓ** a SALUD TOTAL E.P.S., a pagar la suma de **\$338.538.00**, con las actualizaciones monetarias correspondientes a favor del actor, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

En síntesis, refirió que para que haya lugar al pago de incapacidades es necesario que se encuentren cotizadas cuatro de seis semanas en forma ininterrumpida y completa en el mes inmediatamente anterior al inicio de la incapacidad; que la falta de pago de dos periodos consecutivos de las cotizaciones, siempre y cuando la E.P.S. no se allane a la mora, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud, empero, que E.P.S. deberá iniciar las correspondientes acciones de cobro y notificar que se encuentra en mora; que el actor cumple a cabalidad los anteriores presupuestos; y que al establecerse que el valor de la incapacidad no puede ser inferior al mínimo por parte de la H. Corte Constitucional en sentencia C-543 de 2007, el valor a reconocer es de \$335.538,20.

IV. APELACIÓN.

SALUD TOTAL E.P.S. (fls.57 a 61).

Adujo que para el reconocimiento de la incapacidad es necesaria la cotización de cuatro semanas; que en el caso del accionante no se hicieron los pagos en el día máximo que le correspondía tal y como lo establece el artículo 4 del Decreto 1670 de 2007; que conforme al artículo 161 de la Ley 100 de 1993 es deber del afiliado pagar cumplidamente los aportes que le corresponden; que los recursos de la salud son públicos, pertenecen al Estado, por lo que no pueden tener una destinación diferente al margen de las normas presupuestales y administrativas, de manera que, SALUD TOTAL E.P.S. es un simple intermediario entre el empleador y el Estado; y que el allanamiento a la mora tiene efecto inter partes y no crea precedente jurisprudencial.

Demandante: **DELKIN VALENCIA CACUA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de una incapacidad a favor del accionante.

DEL PAGO DE INCAPACIDADES.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 y, en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado o gozando de una de licencia de maternidad (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la

contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que ante su falta de pago está legitimado el empleador o trabajador independiente para solicitar su pago, tal y como lo establece el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, norma que dispone:

“Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.

Esta disposición comenzará a regir a partir del 1º de abril del año 2000.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Demandante: **DELKIN VALENCIA CACUA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el periodo que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismo eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el periodo en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre periodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente.

Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.

5. No tratarse de incapacidad generada por la atención de una exclusión del Plan Obligatorio de Salud o las complicaciones de dichas exclusiones, conforme las disposiciones legales”.

Por otra parte, el artículo 9° del Decreto 783 de 2000, que a su vez derogó el numeral 1 del artículo 3° del Decreto 047 de 2000, dispone que *“para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores (...) independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa”*.

De esta manera, ha concluido la H. Corte Constitucional, en sentencia T-463 de 2014, que para que un trabajador independiente pueda solicitar el reembolso de una incapacidad debe cumplir las siguientes reglas:

Demandante: **DELKIN VALENCIA CACUA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

“5.1.1. **La primera regla** contaba con dos disposiciones de igual rango normativo que regulaban el mismo asunto de forma diferente. Por un lado, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, el trabajador independiente debía haber cancelado durante el año anterior a la solicitud, de forma completa sus aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por otra parte, el artículo 9° del Decreto 783 de 2000, que a su vez derogó el numeral 1 del artículo 3° del Decreto 047 de 2000, dispone que “[p]ara acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores (...) independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que en virtud de los principios de temporalidad y favorabilidad, **el requisito que deben cumplir los trabajadores independientes, es haber cotizado completa e ininterrumpidamente mínimo cuatro (4) semanas antes de presentar la solicitud de pago de las indemnizaciones.**

5.1.2. **La segunda regla** obedece al pago oportuno de los aportes antes de la solicitud de la licencia y durante el periodo de incapacidad. Así, en el numeral 1° del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, se establece que los aportes “(...) deberán **haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho**”.

Por su parte el numeral 2° del mismo artículo 21 dispone que “*el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias*”.

5.1.3. **La tercera regla**, al igual que la segunda parte de la anterior, se encuentra consignada en el numeral 2° del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, de acuerdo con el cual el **trabajador independiente no debe tener ninguna deuda con “(...) las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora**”.

5.1.4. De acuerdo con el numeral 3° del artículo 21, “[h]aber **suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema**”, corresponde a la **cuarta regla** que debe cumplir un trabajador independiente para ejercer su derecho al pago de una incapacidad médica.

5.1.5. Finalmente, como **quinto requisito**, el Decreto 1804 de 1999 establece el haber cumplido “(...) con las reglas sobre **períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho**”. (Negrillas por la Sala).

Demandante: **DELKIN VALENCIA CACUA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Así mismo, es menester advertir que el reembolso que solicite el empleador sólo es dable sobre las concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días están en cabeza del empleador, según lo dispone el **parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999¹**.

Igualmente, el auxilio económico que recibe el trabajador en la incapacidad laboral de origen común corresponde al **66.66%** del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al salario mínimo, conforme lo indica el **artículo 222 del C.S.T²**.

No obstante, la constitucionalidad de dicha norma fue sometida a estudio por la H. Corte Constitucional, a través de la sentencia **C-543 de 2007**, en la que dijo lo siguiente:

“ (...) la Corte ha analizado en anteriores ocasiones la relación del derecho al mínimo vital y el pago de las incapacidades laborales. En casos de protección de derechos mediante la acción de tutela, por ejemplo, ha considerado que procede el pago de licencias por incapacidad laboral, a pesar de la existencia de otros medios judiciales ordinarios para su cobro, toda vez que el pago de la incapacidad se equipara al salario para la persona que no ha podido acudir al trabajo y, por tanto, tiene estrecha relación con el derecho fundamental a obtener las condiciones materiales básicas para el desarrollo de una vida en condiciones dignas.

Ha señalado esta corporación lo siguiente:

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo

¹ **Artículo 40 (...) PARAGRAFO 1o.** <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.”

² **ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO.** <Ver Notas del Editor> <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el (empleador) le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”.

exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”.

Así las cosas, de estar demostrada la afectación del mínimo vital por el no pago de las incapacidades laborales, procederá la tutela para ordenar su cancelación”.

En atención a los anteriores elementos la Corte considera pertinente distinguir aquellas situaciones en las que el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional sea inferior al salario mínimo legal, en las que se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 superior, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

En esas circunstancias, la Corte entiende que el porcentaje del auxilio monetario por enfermedad no profesional no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal”.

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) El señor Delkin Velandia Cacua fue operado “resección de quiste pilonidal” el 22 de enero de 2018,
- ii) En dicha calenda le fue otorgada una incapacidad de **15 días**, del 22 de enero al 05 de febrero de 2018 (fl.4, 32 a 35, y 40).
- iii) El demandante efectuó el pago de los aportes respectivos a salud en las cotizaciones de abril de 2017 a abril de 2018 sin ningún tipo de interrupción, como independiente (fls.6 a 13 y 41).
- iv) El 09 de abril de 2018, el actor solicitó el reconocimiento de la incapacidad (fl. 42)

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero que se hace necesario verificar es si el demandante acreditó el pago de las cuatro semanas anteriores a la incapacidad, esto es, las semanas del 18 de diciembre de 2017 al 14 de enero de 2018, periodo que fue objeto de pago según deduce de las planillas de diciembre de

2017 y enero de 2018, conforme a los documentos obrantes a folios 12 y 13.

En cuanto a la segunda regla, es necesario que se tenga por acreditado el pago oportuno de por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de la incapacidad, 22 de enero de 2018, esto es, el pago oportuno de al menos cuatro de los siguientes seis meses: julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2017. Los anteriores pagos se debieron efectuar el quinto día hábil de cada mes, puesto que los dos últimos dígitos de su cédula de ciudadanía es "28", conforme lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 1990 de 2016, norma que señala:

"Artículo 3.2.2.1. Plazos para la autoliquidación y el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y Aportes Parafiscales. Todos los aportantes a los Sistemas de Salud, Pensiones y Riesgos Laborales del Sistema de Seguridad Social Integral, así como aquellos a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA), del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y de las Cajas de Compensación Familiar, efectuarán sus aportes utilizando la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), bien sea en su modalidad electrónica o asistida, a más tardar en las fechas que se indican a continuación:

Día hábil	Dos últimos dígitos del NIT o documento de identificación
2°	00 al 07
3°	08 al 14
4°	15 al 21
5°	22 al 28
6°	29 al 35
7°	36 al 42
8°	43 al 49
9°	50 al 56
10°	57 al 63
11°	64 al 69
12°	70 al 75
13°	76 al 81
14°	82 al 87
15°	88 al 93
16°	94 al 99

De esta manera, y dado que la incapacidad del accionante inició el 22 de enero de 2018, se tiene que éste cumplió el requisito en estudio, según los pagos que reposan en el plenario, y que se plasman a continuación:

Demandante: **DELKIN VALENCIA CACUA.**Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

MES	FECHA DE PAGO	FECHA LÍMITE
Julio	04 de julio	10 de julio
Agosto	22 de agosto	08 de agosto
Septiembre	11 de septiembre	07 de septiembre
Octubre	02 de octubre	06 de octubre
Noviembre	02 de noviembre	08 de noviembre
Diciembre	04 de diciembre	07 de diciembre

Así mismo, no observa la Sala que el actor no cumpla con las reglas tercera a quinta, ya que, no se avizora que tenga deuda con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos; que no hubiera suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema”; y que no se está invocando que el actor no acreditó los períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad.

En todo caso, habrá de advertirse la H. Corte Constitucional en diferentes sentencias (T-195 de 2004, T-413 de 2004, T-059 de 1997, T-1047 de 2007, T-982 de 2012, T-862 de 2013, T-643 de 2014, entre otras) ha explicado que, en aplicación del principio de buena fe es posible acudir a la teoría del allanamiento a la mora cuando empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes y luego niega la prestación económica, pues en tal caso, se estaría favoreciendo la propia negligencia de la empresa en el cobro de la cotización y se desestimarían los efectos jurídicos que genuinamente se espera que genere el pago de aportes. En la aludida sentencia T-643 de 2014, estableció:

“5.2. El allanamiento a la mora aplicada al reconocimiento y pago de incapacidades generales a favor de trabajadores independiente

(...)

Por lo tanto, si el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido. A partir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida. A menos que el beneficiario estuviera cobijado por la buena fe y que la E.P.S hubiera allanado la mora mediante el recibo de la suma debida. Si se da el presupuesto del allanamiento a la mora, la E.P.S no puede suspender el servicio de atención al usuario ni alegar la pérdida de antigüedad acumulada por cuanto habría violación del

Demandante: **DELKIN VALENCIA CACUA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

principio de buena fe y no sería viable alegar la excepción de contrato no cumplido.

(...)

Si la E.P.S se allana a cumplir, pese a que no ha recibido el aporte del beneficiario, es obvio que no puede suspender el servicio que venía prestando, en primer lugar, porque hay un término de seis meses que la ley señala para no perder la antigüedad acumulada y en segundo lugar, porque el recibo extemporáneo de las cuotas allanó aún más el incumplimiento. (...). (Subrayado en el texto original).

En un principio, la teoría del allanamiento a la mora fue utilizada de forma reiterada en la jurisprudencia de esta Corporación^[21] para evitar que las entidades prestadoras de servicio de salud que no hubiesen utilizado los mecanismo de cobro a su alcance, se fundamentaran en el no pago oportuno del cotizante para no reconocer el pago de una licencia de maternidad. Fue a partir de la Sentencia T- 413 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra que, en virtud de la similitud existente entre las situaciones que generan el reconocimiento y pago de una incapacidad médica con el de una licencia de maternidad, esta Corporación hizo extensiva a esos casos la aplicación de la teoría del allanamiento en la mora en los siguientes términos:

“Si bien hasta el momento la Corporación ha aplicado la tesis del allanamiento a la mora a negativas de pago de licencia de maternidad, esta Sala de Revisión considera que tal criterio también puede ser aplicado, mutatis mutandi, cuando por la mora en el pago de los aportes en salud por parte del patrono se niega el pago de una incapacidad laboral, llegándose a afectar el mínimo vital. En esta situación se presentan tres elementos comunes a las situaciones hasta ahora contempladas por la jurisprudencia: (i) vulneración del mínimo vital del accionante por el no pago oportuno de una acreencia de tipo laboral, (ii) actuación contraria a la buena fe por parte de la entidad promotora de salud al no haber requerido oportunamente al empleador para el pago oportuno del aporte, y (iii) pago efectivo, aunque tardío, de los aportes en salud.

Esta similitud justifica la aplicación de la doctrina jurisprudencial desarrollada, hasta el momento, en los casos de no pago de licencia de maternidad a los casos de incapacidades laborales”.

Así mismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano, también ha sido reiterada en extender la figura del allanamiento a la mora a los casos de trabajadores independientes, entendiéndose que si la EPS no actuó de forma clara a través de las acciones que tiene a su disponibilidad en el ordenamiento jurídico, con el fin de requerir el pago oportuno de los aportes, o no rechazó los pagos realizados por el cotizante fuera del término, no puede oponerse al pago de una incapacidad médica general, al momento en que el trabajador presenta la solicitud”.

En aplicación de la conocida regla del allanamiento a la mora, la E.P.S. no puede negar el reconocimiento económico de las incapacidades generadas bajo el entendido que se sobreentiende que la entidad ha aceptado los pagos de las cotizaciones al sistema de salud, cuando el empleador o el cotizante independiente los han realizado de forma tardía, sin haber rechazado el pago de las cotizaciones o haber realizado acciones serias orientadas al cobro judicial de las mismas; circunstancia que tampoco se avizora acaeció en el *sub lite*. El criterio en mención también ha sido expuesto por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL-17430-2015, en los siguientes términos:

“Ahora bien, en el asunto que ocupa la atención de la Sala se advierte que Aliansalud E.P.S. se abstuvo de reconocer las incapacidades reclamadas, por el hecho de que el interesado no efectuó las cotizaciones en la fecha límite de cada período. Al respecto debe decirse que aun cuando existen requisitos legales para acceder a las prestaciones económicas que ofrece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no es menos cierto que en el caso de incapacidades, cuando el afiliado efectúe el pago extemporáneo de las cotizaciones y las E.P.S. no los rechacen, o cuando incumplan su deber de cobro, opera lo que se ha denominado *«allanamiento a la mora»*, según el cual entenderse que las E.P.S. aceptan implícitamente los desembolsos efectuados de esa manera. Así lo puntualizó la Corte Constitucional en la sentencia T - 498/2010:

(...) [E]l no cumplimiento oportuno de los requisitos para acceder al pago de las incapacidades, no puede ser obstáculo insalvable, pues su aplicación estricta y literal podría vulnerar derechos fundamentales como el mínimo vital, la vida digna y la seguridad social.

Por consiguiente, esta Corporación, por vía jurisprudencial, ha establecido la teoría del allanamiento a la mora, la cual opera “en el evento en el que el empleador o el cotizante independiente, haya efectuado las cotizaciones al sistema de salud de manera tardía o incompleta, ello no acarreará de forma automática el traslado de responsabilidad en el pago de la incapacidad por enfermedad general, de la EPS al empleador o al cotizante independiente, siempre y cuando la correspondiente Entidad Promotora de Salud se hubiese allanado a recibir las cotizaciones de manera extemporánea, es decir, cuando ella no rechazó los pagos efectuados de manera tardía, y los aceptó sin manifestar ninguna inconformidad al respecto, y en estas circunstancias, no se podrá rehusar con base en el anterior argumento a reconocer y pagar la incapacidad laboral solicitada, pues habrá operado el fenómeno del allanamiento a la mora.

Demandante: **DELKIN VALENCIA CACUA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

En consecuencia, la teoría del allanamiento a la mora impide que la E.P.S. niegue el reconocimiento económico de las incapacidades generales, bajo el entendido de que ésta ha aceptado el pago de las cotizaciones al sistema de salud implícitamente, cuando el empleador o el cotizante independiente, los ha realizado en forma tardía, sin que la EPS rechace la cotización, o se haya abstenido de hacer requerimiento de cobro.

En el anterior contexto se evidencia que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que si bien el pago extemporáneo de los aportes por parte del independiente puede eximir a las E.P.S. de reconocer las incapacidades, ello no ocurre de manera automática, pues cuando las E.P.S. no ejercen la labor de cobro o no refutan la cotización efectuada hecha por fuera del término, opera el «allanamiento a la mora» del que se infiere que aceptan la cotización y con ella, sus efectos, como lo es proporcionar las prestaciones económicas y asistenciales que de ella deriven”.

Finalmente, se hace necesario rememorar que la **sostenibilidad fiscal** es un principio incorporado a la Constitución Política a través del Acto Legislativo No. 03 de 2011, mediante el que se exige tener en cuenta los instrumentos de política fiscal y la protección efectiva de la capacidad económica del Estado. Al punto, el artículo 48 constitucional consagra:

“no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

El sistema de seguridad social en salud se encuentra regulado por el artículo 3 de la Ley 1281 de 2011 que dispone:

“las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de los recursos del mismo”.

Sentadas las anteriores premisas, debe advertir la Sala que con la decisión que se adopta no se desconoce tal principio, como quiera que la condena que se impone se hace en obediencia a la prestación de unos servicios o tecnologías de salud, derecho fundamental que no puede ser soslayado con base en el principio de la sostenibilidad fiscal, por demás que el Estado es el encargado de asegurar “progresivamente” su goce efectivo, siendo

necesario ante la escasez de recursos disponibles para satisfacer derechos fundamentales, que la política de gasto pueda mantenerse en el tiempo para el logro de dichos objetivos públicos. Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia C-093 de 2018, indicó:

“El artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011 introdujo en el artículo 334 de la Constitución el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal. En concordancia con esta disposición, la sostenibilidad fiscal debe guiar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. Así mismo, el citado artículo preceptúa que bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

En este marco, dijo la Corte en la reciente sentencia C-051 de 2018, «obligaciones como la prevista en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, ya no recaen de forma principal solo en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como inicialmente se consideraba. Dado que las ramas y órganos del poder público tienen el deber de asumir la sostenibilidad fiscal como herramienta orientadora, también a todos corresponde la obligación, en el marco de sus funciones y competencias, de contribuir a prever la incidencia presupuestal de las iniciativas de leyes, ordenanzas o acuerdos y contribuir a asegurar la correspondiente sostenibilidad fiscal».

Con base en lo preceptuado en la norma constitucional, el criterio de sostenibilidad fiscal fue recogido en los artículos 5, literal i), y 6, inciso 2, literal i), de la LES. Conforme a estas normas, el Estado deberá, por un lado, «[a]doptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población» y, por otro, disponer, «por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal».

Sobre el particular, en la ya tantas veces citada sentencia C-313 de 2014, la Corte declaró la constitucionalidad de los literales mencionados. Al respecto, la Sala precisó que «resulta suficientemente claro que la sostenibilidad financiera no es solo una condición que permite el mantenimiento de la oportuna y adecuada prestación del servicio. Los efectos de la sostenibilidad pasan por aspectos tan significativos en la prestación del servicio como la cobertura. Una dificultad en la disponibilidad de recursos contrae la posibilidad de extender el servicio y/o mejorar la prestación del mismo para más personas».

Demandante: **DELKIN VALENCIA CACUA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Por consiguiente, la sostenibilidad fiscal, entendida como criterio orientador de las actuaciones de las Ramas del Poder Público en el Estado Social de Derecho, sí «puede dar lugar a una valoración desde la perspectiva de la proporcionalidad cuando quiera que, sin afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, se advierta que la respuesta de las autoridades (...) compromete de manera grave los recursos públicos, particularmente cuando tales recursos tienen una vinculación próxima con la inversión social, y, en general, con la atención de los fines prioritarios del Estado».

De este modo, la sostenibilidad fiscal obliga a considerar que ante la escasez de recursos disponibles para satisfacer los derechos fundamentales, es necesario garantizar que la política de gasto pueda mantenerse en el tiempo, para el logro de importantes objetivos públicos”.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01063 -01

Demandante: **DELKIN VALENCIA CACUA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01092 -01
Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN
COLOMBIA- U.A.E.M.C.**
Demandado: **NUEVA E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020 procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la U.A.E.M.C. en contra de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA U.A.E.M.C.** en contra de **NUEVA E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende el pago de \$1'372.799 por concepto de incapacidades en

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01092 -01
Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN
COLOMBIA- U.A.E.M.C.**
Demandado: **NUEVA E.P.S.**

que incurrieron tres de sus trabajadores, Nathali Andrea Acosta Rivera, Álvaro Andrade Ramírez, y Germán Santiago Barrero Sánchez.

2. HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Mediante oficios radicados el 11 de junio, 06 de noviembre de 2014, y 24 de febrero de 2015, solicitó la transcripción, liquidación y pago de las incapacidades en que incurrieron siete de sus trabajadores; **2)** Ante la falta de respuesta, el 31 de marzo de 2015 personal de la unidad se trasladó a la E.P.S. para obtener información de los oficios radicados; **3)** El 07 de abril de 2015 se reiteró la solicitud de información; **4)** El 09 de abril de 2015, NUEVA E.P.S. dio respuesta a sus peticiones, e informó que el personal del área comercial se contactaría con el área de talento humano de la unidad con el fin de coordinar una visita y reforzar el manejo de prestaciones económicas; **5)** El 30 de julio, 12 y 24 de agosto de 2015, nuevamente solicitaron información; **6)** El 08 de septiembre de 2015 se adujo por parte de la NUEVA E.P.S. que se estaba validando la información y gestionando una visita para clarificar el tema de las prestaciones económicas; **7)** El 15 y 29 de septiembre de 2015 se solicita nueva información del trámite de las incapacidades; **8)** El 05 de octubre de 2015, NUEVA E.P.S. remite el listado con el estado de las incapacidades; y **9)** Mediante correos electrónicos del 14 de diciembre de 2015, 12 de febrero de 2016, 24 de febrero, 08 y 29 de marzo, y 21 de abril de 2017, reiteró la solicitud de información de las incapacidades.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

NUEVA E.P.S. (medio óptico de folio), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción del derecho a solicitar el reembolso de prestaciones económicas, inexistencia de la obligación en cabeza de la NUEVA E.P.S., incumplimiento del

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01092 -01
Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN
COLOMBIA- U.A.E.M.C.**
Demandado: **NUEVA E.P.S.**

procedimiento para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, y la genérica.

Indicó que no se encuentra la solicitud de las incapacidades de Nathali Andrea Acosta Rivera, Álvaro Andrade Ramírez, y Germán Santiago Barrero Sánchez; y que el derecho a reclamar el reembolso de prestaciones económicas prescribe en un término de tres años.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 21 a 23), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 30 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 establece que el término de prescripción para lograr el reembolso de prestaciones económicas es de tres años; y que si bien el empleador elevó la reclamación de pago ante la E.P.S. el 21 de noviembre de 2014 y el 27 de febrero de 2015, con lo que logró la interrupción de la prescripción, demandó cuando ya habían transcurrido tres años desde tal reclamación, esto es, el 13 de junio de 2018, por lo que, operó el fenómeno extintivo.

IV. APELACIÓN.

NUEVA E.P.S. (fls.28 a 30).

Adujo que el último requerimiento efectuado data del 21 de abril de 2017, por lo que la demanda fue presentada en tiempo; que conforme al criterio de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral la presentación de una reclamación suspende el fenómeno prescriptivo hasta cuando se dedica la petición o cuando transcurrido un mes desde su presentación, esta no ha

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01092 -01
Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN
COLOMBIA- U.A.E.M.C.**
Demandado: **NUEVA E.P.S.**

sido resuelta, por lo que, al presentarse la petición el 21 de abril de 2017 se reanudó el término prescriptivo el 22 de mayo del mismo año, de manera que, al demandarse el 18 de junio de 2018, se demandó en tiempo.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si operó el fenómeno prescriptivo sobre las incapacidades reclamadas por la U.A.E.M.C.

DEL PAGO DE INCAPACIDADES.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 y, en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado o gozando de una de licencia de maternidad (art. 2.2.1.1.1.1 del Decreto 780 de 2016).

Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN
COLOMBIA- U.A.E.M.C.**

Demandado: **NUEVA E.P.S.**

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, que prevé:

“Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud, EPS**. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

De la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de sus trabajadores.

Ahora bien, en relación con las incapacidades, el reembolso que solicite el empleador sólo es dable sobre las concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días están en cabeza del empleador, según lo dispone el **parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999**¹.

¹ “Artículo 40 (...) PARAGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01092 -01
Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN
COLOMBIA- U.A.E.M.C.**
Demandado: **NUEVA E.P.S.**

En igual sentido, es necesario rememorar que el término de **prescripción** para solicitar tales prestaciones económicas se encuentra en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, norma que dispone:

“ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador”.

Así mismo, el artículo 489 del C.S.T. establece:

“ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”.

Al respecto, en sentencia SL17165-2015 se aclara que el simple reclamo interrumpe la prescripción por una sola vez, sin que sea posible interrumpir ese plazo varias veces como parece entenderlo la parte actora al solicitar que se tenga en cuenta la última reclamación. Sobre el tópico, dijo la H. Corte:

“Empero, el planteamiento de la censura es equivocado, pues tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo como el 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que señalan el plazo general de tres años para la extinción de las obligaciones y acciones laborales, señalan que el simple reclamo escrito del trabajador sobre un derecho determinado, interrumpe la prescripción, pero por una sola vez, plazo que empezará a contarse de nuevo, sin que sea posible interrumpir ese plazo por varias veces, en tanto, como ya quedó dicho, los citados preceptos permiten la interrupción de la prescripción por una sola vez, tenor literal que no admite interpretación distinta ni mucho menos como la planteada por la acusación. Desde luego, no debe olvidarse que de conformidad con el artículo 6° del estatuto adjetivo laboral que regula la reclamación administrativa --consistente en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que se pretenda-- en las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades

incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.”

Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN
COLOMBIA- U.A.E.M.C.**

Demandado: **NUEVA E.P.S.**

territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública, mientras esté pendiente el agotamiento de dicha reclamación, el término de prescripción queda suspendido, de manera que la reanudación del término de prescripción se da desde el momento en el que se produzca efectivamente la respuesta de la Administración., o cuando el interesado, transcurrido un mes después de presentada, decide no esperar la respuesta y opta por la acción judicial, disposición que cabalmente también observó el Tribunal, como lo detalló en su sentencia en la manera como a continuación se resume:

La demandante, el 24 de octubre de 2003, reclamó al ISS el retroactivo pensional del período comprendido entre enero y julio de 2003, momento desde el cual el término de la prescripción quedó interrumpido e igualmente suspendido. El ISS, el 27 de abril de 2005 dio respuesta a esa petición y a otra que en igual sentido presentó la demandante el 14 de febrero de 2005 -que debe considerarse inocua-. A partir del día siguiente a esa respuesta, terminó la suspensión de la prescripción y comenzó a correr un nuevo término de tres años, el que de consiguiente venció el 28 de abril de 2008. (Subrayado fuera del texto original)".

Finalmente, el auxilio económico que recibe el trabajador en la incapacidad laboral de origen común corresponde al 66.66% del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al salario mínimo, conforme lo indica el **artículo 222 del C.S.T**².

DEL CASO CONCRETO.

No fue objeto de controversia que:

- i) Nathali Andrea Acosta Rivera estuvo incapacitada del 09 al 18 de marzo, y del 07 al 13 de noviembre de 2014; incapacidades que fueron pagadas el 30 de abril de 2014 y el 31 de enero de 2015, respectivamente; y que la última incapacidad aludida fue reclamada el 27 de febrero de 2015 (fls.28 a 30).

² **"ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO.** <Ver Notas del Editor> <Articulo CONDICIONALMENTE exequible> En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el (empleador) le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante".

Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN
COLOMBIA- U.A.E.M.C.**

Demandado: **NUEVA E.P.S.**

- ii) Álvaro Andrade Ramírez estuvo incapacitado del 04 al 09 y del 25 al 27 de noviembre de 2014; incapacidades que fueron pagadas el 31 de enero de 2015, respectivamente; y que fueron reclamadas el 27 de febrero de 2015 (fls.28 a 30).
- iii) Germán Santiago Barrero Sánchez estuvo incapacitado del 02 al 10 de agosto de 2014; incapacidad que fue pagada el 30 de septiembre de 2014; y que fue reclamada el 21 de noviembre de 2014 (fls.28 a 30).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero que debe advertirse es que ante la falta de reclamación por parte de Nathali Andrea Acosta Rivera de la incapacidad del 09 al 18 de marzo de 2014, la que se pagó el 30 de abril de 2014, recobro que solo se demandó el 12 de junio de 2018, esto es, 4 años, 1 mes, y 13 días después de acontecido el evento , debe concluirse que sin lugar a dudas operó el fenómeno extintivo de la prescripción, de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011.

En gracia de discusión, si se atiende lo expuesto en la demanda, esto es, que se elevó reclamación y se dio respuesta el 09 de abril 2015, el término prescriptivo estuvo interrumpido y suspendido hasta esta última data, caso en el cual tendríamos que el tiempo máximo para demandar era el 09 de abril de 2018, no obstante, se demandó el 12 de junio de 2018, esto es, cuando ya habían transcurrido más de tres años por lo que se llegaría a la misma conclusión.

Asimismo, tenemos frente a la incapacidad de Nathali Andrea Acosta Rivera del 07 al 13 de noviembre de 2014, y de Álvaro Andrade Ramírez del 04 al 09 y del 25 al 27 de noviembre de 2014, que se pagaron el 31 de enero de 2015, que se reclamaron el 27 de febrero de 2015, y que se dio respuesta el 09 de abril de 2015, por lo que, al demandarse el 12 de junio de 2018, esto es, cuando ya habían transcurrido más de tres años,

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01092 -01
Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN
COLOMBIA- U.A.E.M.C.**
Demandado: **NUEVA E.P.S.**

no queda más que concluir que para las mismas también operó el fenómeno extintivo de la prescripción.

Finalmente, y en relación con Germán Santiago Barrero Sánchez, se tiene que su incapacidad se extendió del 02 al 10 de agosto de 2014, se pagó el 30 de septiembre de 2014, se reclamó el 21 de noviembre de 2014, reclamación que se reiteró el 09 de abril de 2015, mismo día en la que se profirió respuesta, por lo que, al demandarse el 12 de junio de 2018, ya habían transcurrido más de tres años. En ese punto se aclara que conforme al artículo 489 del C.S.T. la prescripción únicamente se interrumpe por una única vez, por lo que, para cualquier efecto la reclamación a tener en cuenta es la del 21 de noviembre de 2014, lo que en síntesis significa que se debió demandar a más tardar el 21 de noviembre de 2017. . Igualmente, debe advertirse que en la demanda se hace alusión a que la primera reclamación de las incapacidades se elevó con los oficios del 11 de junio, 06 de noviembre de 2014, y 24 de febrero de 2015 radicado el 27 de febrero de 2015, y que se dio respuesta el 09 de abril 2015, por lo que, de tenerse por interrumpido y suspendido el término hasta esta última data, se concluye que el tiempo máximo para demandar lo sería el 09 de abril de 2018; no obstante, y como se ha dicho reiteradamente, se demandó hasta el 12 de junio de 2018, esto es, cuando ya había transcurrido más de tres años, es decir, 3 años, 2 meses, y 4 días.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01092 -01
Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN
COLOMBIA- U.A.E.M.C.**
Demandado: **NUEVA E.P.S.**

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

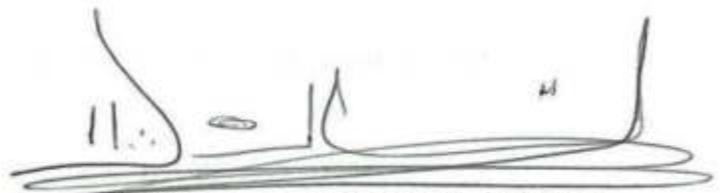
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de CAFESALUD E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 03 de septiembre de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **HENRY NIÑO GAMBOA** en contra de **MEDIMÁS E.P.S. y CAFESALUD E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende **el pago de dos incapacidades** expedidas a su favor.

Demandante: **HENRY NIÑO GAMBOA.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

2. HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Le fueron otorgadas incapacidades del 20 de julio al 19 de julio de 2017, y del 20 de julio de 2017 al 18 de agosto de 2018 (sic), como consecuencia de una cirugía de mano que le fue realizada por el Doctor David F. Duque del Hospital Universitario Clínica San Rafael; y **2)** Radicó las incapacidades el 13 de julio de 2017 ante CAFESALUD E.P.S.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 33), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, incapacidades superiores a 180 días a cargo de la administradora de pensiones- falta de legitimación por pasiva por parte de CAFESALUD E.P.S.

Indicó que las incapacidades pretendidas superan 180 días, por lo que, están a cargo del fondo de pensiones conforme criterio de la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2017.

MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de folio 33), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la excepción de mérito la que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que las prestaciones económicas que se reclaman se causaron en vigencia de CAFESALUD E.P.S.; y que su función de aseguramiento inició el 01 de agosto de 2017.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 37 a 40), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 03 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en la que le ordenó a **CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN** pagar la suma de \$1'008.213, con las actualizaciones monetarias correspondientes, en favor del señor HENRY NIÑO GAMBOA, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la providencia y a **MEDIMÁS E.P.S.** pagar la suma de \$467.221, con las actualizaciones monetarias correspondientes, en favor del señor HENRY NIÑO GAMBOA, dentro del mismo plazo.

En síntesis, refirió que dentro del expediente no se encuentra acreditado que se hubiere proferido concepto de rehabilitación favorable, o que la E.P.S. lo hubiera expedido; que de las incapacidades expedidas entre el 20 de junio y el 18 de agosto de 2017, se encuentra que a CAFESALUD E.P.S. le corresponden hasta el 31 de julio de 2017, esto es, 42 días, y a MEDIMÁS E.P.S. del 01 al 18 de agosto de 2017, es decir, por 18 días; y que dado que el valor de las incapacidades no pueden estar por debajo del salario mínimo conforme sentencia C-543 de 2007, se debe reconocer por parte de CAFESALUD E.P.S. \$1'008.213,23 y a MEDIMÁS E.P.S., \$467.220,77.

IV. APELACIÓN.

CAFESALUD E.P.S. (fls.51 a 53).

Adujo que mediante la Resolución 007172 de 2019 se ordenó la liquidación de CAFESALUD E.P.S., por lo que el 13 y 28 de agosto de 2019 se publicaron dos avisos emplazatorios en medios de comunicación con el fin de que todas las personas que se consideraran con derecho a formular reclamaciones de cualquier

índole contra la entidad, realizaran la radiación de sus créditos, con prueba siquiera sumaria de los mismos; que por lo anterior, el demandante se debió hacer parte del proceso liquidatorio; y que es improcedente el cobro de actualización monetaria, como quiera que la liquidación forzosa constituye fuerza mayor, lo que genera una causal de exoneración de pagar cualquier sanción moratoria.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si en virtud del proceso liquidatorio no es dable ordenar el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales pretendidas; y si no hay lugar a reconocer las incapacidades debidamente actualizadas o indexadas.

DEL PROCESO LIQUIDATORIO.

La empresa es la base del desarrollo, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad, que exige el

pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes (Ver frente al punto, la sentencia C-807 de 2003).

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

La H. Corte Constitucional en sentencia **SU-773 de 2014**, señaló los efectos de la iniciación del proceso de liquidatorio, que se resumen de la siguiente manera:

“En relación con la apertura del proceso liquidatorio y los efectos de la iniciación del proceso de liquidación judicial, el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 establece una serie de consecuencias jurídicas de la mayor relevancia, que tienen que ver con aspectos relacionados (i) con la persona del deudor y su actividad; (ii) con las obligaciones a su cargo; (iii) con sus bienes; (iv) con cuestiones de orden estrictamente procesal.

Entre otros, la normatividad prevé los siguientes efectos de la apertura o iniciación de la liquidación judicial: (i) la disolución de la persona jurídica, (ii) la terminación de contratos, (iii) la finalización de encargos fiduciarios, (iv) la interrupción de los términos de prescripción y la inoperancia de la caducidad, (v) la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor, (vi) la prohibición de disposición de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable, (vii) la remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, con el objeto que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de manera que la continuación de los mismos por fuera del proceso de liquidación será nula y corresponde ser declarada por el juez del concurso, (viii) la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

2.7.17. Otro de los efectos de naturaleza procesal de la iniciación del proceso de liquidación judicial, consiste en la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria. Este efecto implica no

Demandante: **HENRY NIÑO GAMBOA.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

solo que las normas del proceso concursal tienen carácter especial y preferente frente a las demás normas de carácter procesal general, sino también que por tener el proceso liquidatorio una vocación universal tiene preferencia sobre cualquier otro proceso en el cual se trate de hacer efectivas las obligaciones en contra del deudor. Por lo tanto, una vez iniciado el proceso concursal, no puede admitirse demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de otro proceso concursal o de uno de reorganización, ni tampoco es posible que una vez iniciada la liquidación judicial haya lugar a la ejecución extraconcursal mediante procesos ejecutivos, como ya se mencionó en el apartado anterior".

En ese entendido, las reglas establecidas en los procesos liquidatorios, por cuanto son asuntos de carácter universal y tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente, tienen un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley.

No obstante, lo anterior no quiere decir que la facultad de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso de liquidatorio, pues aquello no pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, como lo quiso hacer ver en el recurso de apelación el apoderado de la E.P.S. CAFESALUD, pues se reitera lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin

el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la misma en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL416-2021, aseveró:

“Por otra parte, es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”.

DEL CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) El 27 de junio de 2017, Henry Niño Gamboa fue internado en el Hospital Universitario Clínica San Rafael para que se le efectuara el procedimiento denominado artrodesis de muñeca, pues padece de artrosis radiocarpiana izquierda y diastasis escafolunada secundarias a múltiples tramas en mano, otorgándose una incapacidad del 20 de junio al 19 de julio de 2017 (fls. 3 a 11).
- ii) El 27 de julio de 2017 se expidió a favor del actor nueva incapacidad del 20 de julio al 18 de agosto de 2017 (fls.12 y 13).
- iii) El 27 de septiembre de 2017 solicitó la liquidación de sus incapacidades ante CAFESALUD E.P.S., lo que reiteró el 28 de mismo mes y año, y sobre el que se

informó que se pagaría por parte de MEDIMÁS E.P.S. el 02 de abril de 2018 (fls.16 a 20).

- iv) El 16 de abril de 2018 se solicitó una certificación de las incapacidades pagadas a MEDIMÁS E.P.S, pero fue negada señalándose que CAFESALUD E.P.S. debió reconocer las prestaciones requeridas (fls. 21 a 23).

Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que **CAFESALUD E.P.S.** aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago de las incapacidades objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Por tanto, considera la Sala que es dable solicitar el reconocimiento de la prestación a través del proceso sumario.

Por otra parte, y en relación con la **actualización de la condena** impetrada por el A Quo, considera la Sala que sí es dable imponer tal condena, pues contrario a lo que afirma la parte impugnante no se está frente a una sanción moratoria. En efecto, la indexación tiene como base el efecto de la inflación en el tiempo, de manera que con ello se busca garantizar que el dinero tenga el mismo valor equivalente al de hoy, en tal sentido, la indexación no representa ningún beneficio ni ingreso alguno para el acreedor, por lo que, no se está frente a una "sanción". Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2735-2020, señaló:

Demandante: **HENRY NIÑO GAMBOA.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

“Al efecto, vale recordar la sentencia CSJ SL9316-2016, en donde se dijo que *«la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional»*, fenómeno que afecta los créditos como el que se causó en el presente asunto, y frente a lo cual nunca ha existido por parte del legislador una prohibición que impida compensar esa desvalorización dineraria”.

De esta manera, resulta procedente la indexación ordenada por el A Quo al verse desvaluado el valor de las incapacidades que fueron objeto de condena.

Por lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

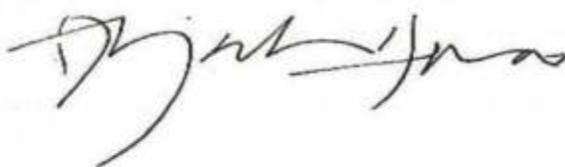
SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Demandante: **HENRY NIÑO GAMBOA.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01148 -01
Demandante: **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-
DIAN**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- DIAN** en contra de **MEDIMÁS E.P.S. y CAFESALUD E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte demandante pretende obtener en su favor **la diferencia en la**

incapacidad por la suma de \$251.948, junto con los correspondientes intereses moratorios.

2. HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Néstor Humberto López Guzmán presta sus servicios en la DIAN desde el 15 de marzo de 1983, desempeña el cargo de Gestor II, se encontraba afiliado a CAFESALUD E.P.S., y estuvo incapacitado del 12 al 21 de abril de 2014; **2)** Mediante la Resolución 2253 de 2015, le fue reconocida licencia por enfermedad a Néstor Humberto López Guzmán, motivo por el que se pagó a su favor la suma de \$760.000; **3)** CAFESALUD E.P.S. no realizó el pago total de la incapacidad, pues reconoció la suma de \$508.052, adeudándose la suma de \$251.948; y **4)** El 28 de abril de 2017 solicitó el pago de los saldos de las incapacidades de Néstor Humberto López Guzmán.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 40), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, carencia de objeto por hecho superado, prescripción del derecho a solicitar el reembolso de prestaciones económicas, y la genérica.

Indicó que reconoció, liquidó y canceló la incapacidad requerida en su totalidad; y que de ser procedente el pago de una diferencia se encontraría prescrita, pues han transcurrido más de tres años desde su exigibilidad.

MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de folio 40), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01148 -01
Demandante: **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-
DIAN**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

excepción de mérito la que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que las prestaciones económicas que se reclaman se causaron en vigencia de CAFESALUD E.P.S.; y que su función de aseguramiento inició el 01 de agosto de 2017.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 44 a 48), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 30 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que se encuentra acreditado que el señor Néstor Humberto López Guzmán tiene una relación laboral con la DIAN desde el 15 de marzo de 1983, y que estuvo incapacitado del 12 al 21 de abril de 2014; que una, es la prescripción para acudir ante la E.P.S. que es la que establece el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, esto es, tres años contados a partir del pago, y otra, la prescripción para acudir a la administración que el término de tres años; que en el expediente no se prueba fecha de pago de la incapacidad ni de la reclamación ante la E.P.S., por lo que, en tales condiciones es dable establecer que operó la excepción de prescripción; y que el desprendible de nómina data de varios meses posteriores a las incapacidades reclamadas, por lo que era deber del empleador demostrar de manera idónea que ese pago en realidad corresponde a la incapacidad pretendida.

IV. APELACIÓN.

PARTE ACTORA. (fls.55 a 58).

Adujo que se acreditó que para el mes de abril de 2014 se pagaron los salarios del trabajador Néstor Humberto López Guzmán, que la licencia se reconoció mediante la Resolución 2253 del 28 de julio de 2015, que se pagó la suma de \$760.000, y que la E.P.S. pagó la suma de \$251.000 siendo lo correcto, \$760.000; y que la incapacidad se debió pagar sobre el salario realmente devengado.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si hay lugar a pagar alguna diferencia por concepto de la incapacidad Néstor Humberto López Guzmán, y si operó el fenómeno de prescripción sobre la prestación económica aludida.

INCAPACIDADES.

La incapacidad laboral es aquella que afronta un trabajador como consecuencia de una enfermedad o un accidente, puede ser de origen común o de origen laboral, temporal o permanente, y genera un auxilio económico a aquel al trabajador que la padece mientras esté incapacitado.

Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado (art. 2.2.1.1.1.1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al artículo 121 del Decreto 019 de 2012, que aduce:

“Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud**, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01148 -01
Demandante: **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-
DIAN**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

De la norma transcrita se desprende que, en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de sus trabajadores, regla que sólo aplica frente a las incapacidades concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días, están en cabeza del empleador, sea público o privado, según el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, que dispone:

“PARAGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado”
(Negrillas por la Sala).

Igualmente, el auxilio económico que recibe el trabajador en la incapacidad laboral de origen común corresponde al 66.66% del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al salario mínimo. Al punto, el artículo 9° del Decreto 1848 de 1969, señala:

“ARTICULO 9. PRESTACIONES. En caso de incapacidad comprobada para trabajar, motivada por enfermedad no profesional, los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

a. Económica, que consiste en el pago de un subsidio en dinero, hasta por el término máximo de ciento ochenta (180) días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras partes (2/3) de dicho salario, durante los primeros noventa (90) días de incapacidad y la mitad del mencionado salario durante los noventa (90) días siguientes, si la incapacidad se prolongare; y (...).”

Por otra parte, y en relación con la controversia referida a si se debe liquidar sobre la asignación básica mensual o el

Ingreso Base de Cotización, debe tenerse en cuenta que ciertamente se tratan de dos conceptos diferentes; para entender ello, es menester traer a colación el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, norma que establece que la base para calcular las cotizaciones es el salario mensual, y que en tratándose de un servidor público, según la Ley 4° de 1992, las cotizaciones se pagan sobre lo que para el efecto determine el Gobierno Nacional, por lo que se hace necesario acudir al parágrafo 1° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, que dicta:

“La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley”.

Así, es plausible acudir al Decreto 1158 de 1994 que determina que el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestado;

Por tanto, es claro que el Ingreso Base de Cotización para los servidores públicos no sólo contiene la asignación básica mensual, sino que también incluye otros factores, pues el valor a aportar está en función de las cotizaciones efectivamente sufragadas ante el ente gestor de la seguridad social, y no

simplemente de la mera asignación básica mensual devengada por el afiliado.

Así, el valor que se debe reembolsar al empleador debe ser calculado sobre lo efectivamente cotizado, aclarando que, si se aportó sobre un valor inferior a la asignación básica mensual, y se pagó al trabajador con fundamento en éste, la responsabilidad de tal actuar es única y exclusivamente del mismo empleador, quien no podrá posteriormente alegar en su favor su propia culpa, solicitando el reembolso sobre el salario real, a menos que se percate de la existencia de un error y, como consecuencia de este, efectúe el pago de la diferencia al sistema de seguridad social a su trabajador, y reliquide la prestación.

Finalmente, es necesario recordar que conforme al artículo 9° del Decreto 1406 de 1999 adicionado por el artículo 1° del Decreto 2236 de 1999, y compilado en el Decreto 780 de 2016, el I.B.C. que se debe tomar es la nómina pagada en el mes anterior a aquel que se busca cubrir:

“Artículo 3.2.1.3 Ingreso Base de Cotización para los aportes en salud. En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de estos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso”.

Por otra parte, y en relación con la **prescripción** es necesario rememorar que el término para solicitar prestaciones económicas se encuentra en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, norma que dispone:

“ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador”.

Así mismo, el artículo 489 del C.S.T. establece:

“ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”.

DEL CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) Néstor Humberto López Guzmán labora para la DIAN desde el 15 de marzo de 1983, en el cargo de Gestor II (fl.28).
- ii) Néstor Humberto López Guzmán estuvo incapacitado del 12 al 21 de abril de 2014 (fl.17).
- iii) El I.B.C. reportado en salud para el periodo de marzo de 2014, fue la suma de \$4'275.000 (fl.27).
- iv) En el periodo de marzo de 2014 devengó la suma de \$4'450.495, y en el periodo de abril de 2014 devengó la suma de \$3'596.610 (fl.42).
- v) El 13 de junio de 2014 a través de la factura ILM137742, CAFESALUD E.P.S. pagó por concepto de incapacidades la suma de \$2'857.667, dentro de la que se incluye un pago por valor de \$509.052 (medio óptico de folio 40).
- vi) Mediante la Resolución 2253 del 28 de julio de 2015 se concedió a Néstor Humberto López Guzmán licencia por enfermedad del 12 al 21 de abril de 2014 (fl.19).
- vii) En la nómina de septiembre de 2015, se pagó a favor del Néstor Humberto López el concepto denominado “Ajuste Licencia Enfermedad” por valor de \$760.000 correspondiente a ocho días de incapacidad (fl.29).
- viii) La DIAN el 03 de mayo de 2017 solicitó el pago de 147 incapacidades, entre las que se encuentra una del

trabajador Néstor Humberto López Guzmán, pero por el periodo del 07 al 21 de diciembre de 2014 (fls. 18 a 22).

Sentado lo anterior, y de un análisis integral de las probanzas referidas, lo primero por indicar es que se encuentra plenamente acreditado que el trabajador Néstor Humberto López Guzmán gozó de una incapacidad por enfermedad del 12 al 21 de abril de 2014, esto es, por diez días, de los cuales dos correspondían al empleador y ocho debieron ser sufragados por al E.P.S.

Así mismo, se encuentra que mediante la Resolución 2253 del 28 de julio de 2015 se concedió por parte de la DIAN la licencia por enfermedad del 12 al 21 de abril de 2014, por lo que, resulta razonable que su pago se hubiese efectuado en la nómina de septiembre de 2015, esto es, dos meses después, siendo necesario aclarar que el trabajador en ningún momento quedó desprotegido, pues para el periodo de abril de 2014, se efectuó el pago de su correspondiente salario pese a la ocurrencia de la incapacidad; en tal sentido, lo que le correspondía al empleador era efectuar el respectivo ajuste salarial, lo que se denota aconteció, se reitera, en septiembre de 2015.

Ahora bien, el valor pagado por la DIAN fue la suma de \$760.000, rubro que, en efecto, se debió conceder por parte de tal empleador, pues como quedó visto el I.B.C. reportado ante el sistema de seguridad social en salud fue la suma de \$4'275.000.

Al respecto, téngase en consideración las siguientes operaciones de rigor:

$$\begin{aligned} \text{Valor incapacidad} &= ((\text{I.B.C.} \times 2/3) / 30) \times \text{días incapacidad} = \\ &= ((\$4'275.000 \times 2/3) / 30) \times 8 \\ &= (\$2'850.000/30) \times 8 \end{aligned}$$

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01148 -01
Demandante: **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-
DIAN**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

$\$95.000 \times 8 = \760.000

De esta manera, a la E.P.S. le correspondía asumir la suma de \$760.000; no obstante, no obra prueba alguna de que se hubiera pagado tal rubro y, por el contrario, de un análisis integral de la demanda, la contestación de la demanda y de la factura ILM137742 es dable establecer que se pagó la suma de \$508.052.

En efecto, en el escrito de demanda se informó que la E.P.S. efectuó un pago por valor de \$508.052, suma que aparece reflejada en la factura ILM137742 con el número de autorización 407132404, por lo que, en tales condiciones, es dable entender que está a cargo de la E.P.S. únicamente la diferencia sobre el valor que debió pagar (\$760.000), esto es, **\$251.948**.

Ahora, y en cuanto a la **prescripción** del valor aludido, el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 establece que el derecho de los empleadores de solicitar a las E.P.S. el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.

En el caso, está acreditado que la factura ILM137742 fue pagada el **13 de junio de 2014** por valor de \$508.052, por lo que, era a partir de tal momento que contabilizaba el fenómeno prescriptivo, para solicitar la diferencia, pues fue a partir de este momento que se hizo exigible el pago de tal valor, no pudiéndose deprecar su reconocimiento desde abril de 2014, como parece entenderlo el A Quo, ya que, para tal data no había surgido la diferencia que aquí se depreca por la potísima razón que el origen del reajuste de la incapacidad no es otro que el presunto pago indebido efectuado por la E.P.S. respecto del valor de la prestación económica.

En ese orden de ideas, considera la Sala que le asiste razón al A Quo en cuanto a que operó el fenómeno prescriptivo, pues se demandó el **29 de junio de 2018** (fl.1), esto es, 4 años y 17 días después de haberse efectuado el correspondiente pago por parte de la E.P.S.

En este punto, es necesario aclarar que, si bien en el proceso obra una solicitud por incapacidad con fecha del 03 de mayo de 2017, lo cierto es que la prestación que allí se solicita pese a que es del mismo trabajador, Néstor Humberto López Guzmán, **corresponde al periodo del 07 al 21 de diciembre de 2014** (fls. 18 a 22), y la que se requiere en juicio data del 12 al 21 de abril de 2014, de modo que, con tal reclamación no se logra establecer que se interrumpió el fenómeno de la prescripción.

Por lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01148 -01
Demandante: **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-
DIAN**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01183 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CAUSALES S.A.S.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto la apoderada de SALUD TOTAL E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 31 de agosto de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CAUSALES S.A.S.- I.R.C.C. S.A.S.** en contra de **SALUD TOTAL E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende **el pago de la incapacidad** expedida a su trabajador,

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01183 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CAUSALES S.A.S.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Camilo Andrés Mendoza Buitrago, del **20 de agosto al 13 de diciembre de 2016.**

2. HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Camilo Andrés Mendoza tuvo incapacidades desde el 14 de diciembre de 2014 hasta el 20 de diciembre de 2016, puesto que presentaba trastornos de disco lumbar (radiculopatía); **2)** SALUD TOTAL E.P.S. le reconoció las incapacidades del 14 de diciembre de 2014 al 19 de agosto de 2015; las incapacidades del 20 de agosto de 2015 al 19 de agosto de 2016, fueron pagadas por Protección A.F.P.; y **3)** Solicitaron el reconocimiento y pago de las incapacidades mayores a 541 días, las que fueron pagadas al trabajador, Camilo Andrés Mendoza.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

SALUD TOTAL E.P.S. (medio óptico de fl. 82), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, incumplimiento de los requisitos establecidos en la normatividad vigente para acceder al reconocimiento de la incapacidad; si SALUD TOTAL E.P.S.-S.A. accede al reconocimiento de incapacidades sin el lleno de requisitos legales, se estaría incurriendo en una indebida destinación de recursos públicos; y solicitud de orden de pago al FOSYGA (hoy ADRES) en favor de SALUD TOTAL E.P.S.-S.A./ equilibrio financiero.

Indicó que las incapacidades superiores a 180 días se encuentran a cargo del fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador hasta que el médico tratante emita concepto favorable de rehabilitación o se pueda emitir un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral; que no es aplicable el artículo

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01183 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CAUSALES S.A.S.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

67 de la Ley 1753 de 2015, como quiera que no se ha efectuado su reglamentación, lo que impide su aplicación de conformidad con la sentencia C-1005 de 2008; que ante el vacío legal, en sentencia T-004 de 2014 se dispuso que las incapacidades superiores a 180 días están a cargo del fondo de pensiones; que en sentencia T-104 de 2017 se establece que el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 tiene aplicación, inclusive con efectos retroactivos, únicamente frente a incapacidades superiores a 540 días a cargo de la ADRES; que de pagarse las correspondientes incapacidades se estaría incurrido en una indebida destinación de recursos públicos, pues el afiliado no cuenta con el derecho de acceder al pago de las incapacidades deprecadas; y que de resultar procedente el pago de la incapacidad, se deberá solicitar a la ADRES que asuma el pago de tal prestación, ya que, de lo contrario se estaría generando un desequilibrio económico.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 64 a 68), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 31 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en la que condenó a SALUD TOTAL E.P.S. pagar a la sociedad **IRCC S.A.S.**, la suma de \$3'420.100, con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

En síntesis, refirió que con la expedición de la Ley 1753 de 2015 quedó claro que el pago de las incapacidades superiores a 540 días le fue atribuido a las E.P.S.; que pese a que no se allega concepto médico de rehabilitación favorable, Protección S.A. llevó a cabo proceso de pérdida de capacidad laboral, encontrando que el señor Camilo Andrés Mendoza Buitrago presenta una pérdida de capacidad laboral del 21,30%, de origen común, y fecha de estructuración, 27 de diciembre de 2015; que al no superarse

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01183 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CAUSALES S.A.S.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

una pérdida de capacidad laboral del 50%, es posible entender que Camilo Andrés Mendoza Buitrago no está excluido del pago de incapacidades; que por lo anterior, hay lugar a reconocer la suma de \$3'420.100; y que únicamente es objeto de recobro las cuentas por concepto de tecnologías en salud no incluidas en el P.O.S. cuyo suministro fue garantizado a los afiliados, y autorizado por el Comité Técnico Científico o por fallo de tutela.

IV. APELACIÓN.

SALUD TOTAL E.P.S. (fls.77 a 79).

Adujo que cumplió a cabalidad con el pago de las incapacidades del señor Camilo Andrés Mendoza Buitrago hasta el día 180; que a partir del día 181 quién debe asumir el pago de las incapacidades es el fondo de pensiones hasta que se produzca el dictamen de pérdida de capacidad laboral y como resultado del mismo, se llegue a la conclusión de que aquel tiene derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez, puesto que en caso contrario la A.F.P. debe continuar con el pago de las incapacidades; que al ser las incapacidades anteriores a octubre de 2017 por la provisión de la ADRES, es a ésta quien debe reconocer y liquidar las prestaciones económicas, puesto que son incapacidades superiores a 540 días; que en el evento que se procediera a reconocer y cancelar incapacidades sin el lleno de requisitos, estaría probada una indebida destinación de recursos públicos; y que en caso que se considera que se debe autorizar el pago de incapacidades, se debe ordenar a la ADRES efectuar el reconocimiento en favor de SALUD TOTAL E.P.S. de los gastos en que incurra la E.P.S. en cumplimiento del fallo, pues de lo contrario, se estaría generando un desequilibrio económico de la entidad.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si es la E.P.S. quien debe asumir el pago de las incapacidades a partir del día 540; si es dable ordenar a la ADRES reconocer la prestación económica en caso de condena; y si con la decisión se genera algún tipo de desequilibrio económico.

DEL PAGO DE INCAPACIDADES.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 y, en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado o gozando de una de licencia de maternidad (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01183 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CAUSALES S.A.S.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, que prevé:

“Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud, EPS**. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

De la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de sus trabajadores.

Ahora bien, en relación con las incapacidades, el reembolso que solicite el empleador sólo es dable sobre las concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días están en cabeza del empleador, según lo dispone el **parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999** modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013¹.

¹ “Artículo 40 (...) PARAGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.”

En igual sentido, encontramos en el citado artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, que entre el día 3 y 180, el pago de las incapacidades lo asume la E.P.S., y que a partir del día 181 y hasta el día 540, la obligación recae en la AFP (artículo 52 de la Ley 962 de 2005).

No obstante, el problema se presentaba cuando el afiliado superaba el día 540 de incapacidad, pues existía un vacío legal que acarreaba la existencia de un déficit de protección de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días; fue por ello, el Gobierno Nacional, a través de la Ley **1753 de 2015**, por medio de la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución primigenia al déficit, al instaurar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días en cabeza de las E.P.S., de conformidad con el artículo 67 de la mencionada ley que a la letra reza:

“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...) Estos recursos se destinarán a:

*a) El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.** El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”*

Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley -9 de junio de 2015-, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los

empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, **el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015**".

Finalmente, es necesario advertir que el auxilio económico que recibe el trabajador en la incapacidad laboral de origen común corresponde al 66.66% del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al salario mínimo, conforme lo indica el **artículo 222 del C.S.T²**.

DEL CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) Camilo Andrés Mendoza Buitrago labora para la I.R.C.C. S.A.S. desde el 18 de febrero de 2014 (fls. 17 a 19).
- ii) Camilo Andrés Mendoza Buitrago se encuentra en estado de incapacidad desde el 16 de diciembre de 2014, inclusive (fls. 28 a 30).
- iii) El 10 de mayo de 2016, Servicios de Salud Suramericana S.A. emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor, en la que determinó que el señor Camilo Andrés Mendoza Buitrago presentaba una pérdida de capacidad laboral del 21,30% con fecha de estructuración 27 de diciembre de 2015, lo que fue

2 **"ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO.** <Ver Notas del Editor> <Artículo CONDICIONALMENTE exigible> En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el (empleador) le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante".

notificado al trabajador el 25 de julio de 2016 (fls. 32 a 39).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que en la demanda se acepta que, hasta el 19 de agosto de 2015, SALUD TOTAL E.P.S. reconoció las incapacidades expedidas al trabajador y que del 20 de agosto de 2015 al 19 de agosto de 2016, las asumió la A.F.P. Protección, por lo que, en tal entendido, no se han pagado las licencias por enfermedad del 20 de agosto al 13 de diciembre de 2016, esto es, las del día 541 en adelante.

Dicho lo anterior, es claro para la Sala que a partir de la Ley 1753 de 2015 se impuso en cabeza **de las E.P.S.** el reconocimiento y pago de las incapacidades que superaran los 540 días, por lo que, en tal sentido SALUD TOTAL E.P.S. debe reconocer dichas incapacidades; norma que ha sido avalada en su jurisprudencia por la H. Corte Constitucional; nótese como en sentencia T-144 de 2016, entre muchas otras, es contundente en afirmar que el pago de la prestación económica que supera los 540 días le corresponde asumirlo a dichas entidades del Sub Sistema de Seguridad Social.

En sentencia **T-200 de 2017**, -Sala Novena de Revisión -se pronunció en relación con dos procesos de tutela acumulados y amparó los derechos de cada uno de los accionantes. En ambos casos, se habían prescrito incapacidades ininterrumpidas que sumaban más de 540 días sin que los actores pudieran acceder a una pensión de invalidez, pues en el primer caso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era inferior al 50% y en el segundo el actor ni siquiera había sido calificado; circunstancia que se adecua al caso de estudio donde la pérdida de capacidad laboral del trabajador es del 21.30%.

Así mismo, la H. Corte Constitucional entendió que *"la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que*

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01183 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CAUSALES S.A.S.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS", por lo que, se considera acertada la decisión del A Quo de imponer condena en contra de SALUD TOTAL E.P.S.

Por otra parte, y en lo referente a que se debe **ordenar a ADRES pagar la totalidad de los costos en que incurrió la E.P.S.** por el reconocimiento de las prestaciones económicas, no desconoce la Sala que tratándose de incapacidades superiores a 540 días, dicha entidades en virtud de lo establecido en la referida sentencia T-144 de 2016 pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015; no obstante, tal entidad no fue llamada como parte de este proceso, por lo que, en tal medida, no se puede imponer ningún tipo de condena en su contra, pues no ha ejercido su derecho de defensa y contradicción sobre la incapacidad requerida.

Finalmente, se hace necesario recordar que la **sostenibilidad fiscal** es un principio incorporado a la Constitución Política a través del Acto Legislativo No. 03 de 2011, mediante el que se exige tener en cuenta los instrumentos de política fiscal y la protección efectiva de la capacidad económica del Estado. Al punto, el artículo 48 constitucional consagra:

"no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella".

El sistema de seguridad social en salud se encuentra regulado por el artículo 3 de la Ley 1281 de 2011 que dispone:

"las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de los recursos del mismo".

Sentadas las anteriores premisas, debe advertir la Sala que con la decisión que se adopta no se desconoce tal principio, como quiera que la condena que se impone se hace en obediencia a la prestación de unos servicios o tecnologías de salud, derecho fundamental que no puede ser soslayado con base en el principio de la sostenibilidad fiscal, por demás que el Estado es el encargado de asegurar “progresivamente” su goce efectivo, siendo necesario ante la escasez de recursos disponibles para satisfacer derechos fundamentales, que la política de gasto pueda mantenerse en el tiempo para el logro de dichos objetivos públicos. Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia C-093 de 2018, indicó:

“El artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011 introdujo en el artículo 334 de la Constitución el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal. En concordancia con esta disposición, la sostenibilidad fiscal debe guiar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. Así mismo, el citado artículo preceptúa que bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

En este marco, dijo la Corte en la reciente sentencia C-051 de 2018, «obligaciones como la prevista en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, ya no recaen de forma principal solo en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como inicialmente se consideraba. Dado que las ramas y órganos del poder público tienen el deber de asumir la sostenibilidad fiscal como herramienta orientadora, también a todos corresponde la obligación, en el marco de sus funciones y competencias, de contribuir a prever la incidencia presupuestal de las iniciativas de leyes, ordenanzas o acuerdos y contribuir a asegurar la correspondiente sostenibilidad fiscal».

Con base en lo preceptuado en la norma constitucional, el criterio de sostenibilidad fiscal fue recogido en los artículos 5, literal i), y 6, inciso 2, literal i), de la LES. Conforme a estas normas, el Estado deberá, por un lado, «[a]doptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población» y, por otro, disponer, «por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del

derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal».

Sobre el particular, en la ya tantas veces citada sentencia C-313 de 2014, la Corte declaró la constitucionalidad de los literales mencionados. Al respecto, la Sala precisó que «resulta suficientemente claro que la sostenibilidad financiera no es solo una condición que permite el mantenimiento de la oportuna y adecuada prestación del servicio. Los efectos de la sostenibilidad pasan por aspectos tan significativos en la prestación del servicio como la cobertura. Una dificultad en la disponibilidad de recursos contrae la posibilidad de extender el servicio y/o mejorar la prestación del mismo para más personas».

Por consiguiente, la sostenibilidad fiscal, entendida como criterio orientador de las actuaciones de las Ramas del Poder Público en el Estado Social de Derecho, sí «puede dar lugar a una valoración desde la perspectiva de la proporcionalidad cuando quiera que, sin afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, se advierta que la respuesta de las autoridades (...) compromete de manera grave los recursos públicos, particularmente cuando tales recursos tienen una vinculación próxima con la inversión social, y, en general, con la atención de los fines prioritarios del Estado».

De este modo, la sostenibilidad fiscal obliga a considerar que ante la escasez de recursos disponibles para satisfacer los derechos fundamentales, es necesario garantizar que la política de gasto pueda mantenerse en el tiempo, para el logro de importantes objetivos públicos».

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01183 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CAUSALES S.A.S.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

R E S U E L V E: ,

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por SERVIMEDICOS S.A.S. en contra de la sentencia proferida el 22 de enero de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **RICARDO ERAZO ARGOTE** promoviese en contra de **MEDICOL-SERVISALUD.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento económico de la suma de \$7'686.620, por concepto de atención de urgencias en la Clínica Marly, Liga

Contra El Cáncer, Hospital Infantil Universidad San José y Clínica Palermo.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** En 2010 fue diagnosticado con cáncer de próstata, e inició tratamiento en la Clínica Fundadores con el Oncólogo Carlos Correa; **2)** A mediados de junio de 2016 sus vías urinarias se taparon, por lo que asistió a la Clínica Los Fundadores por urgencias, donde le colocaron una sonda y fue remitido por parte de su médico tratante a Urología el 06 de julio de 2016; **3)** El 09 de julio de 2016, en el Centro Médico del Country es remitido para su casa, informándose que no tiene tratamiento alguno; **4)** Con MEDICOL - SERVISALUD nunca tuvo prioridad como paciente oncológico, así como tampoco con la Clínica Los Fundadores como paciente con retención urinaria, motivo por el que al presentar dolores tan intensos tuvo que desplazarse a la Clínica Marly para ser atendido por urgencias; **5)** Consultó diferentes opiniones de médicos para mejorar su calidad de vida, por lo que asistió al Urólogo de la Clínica Marly y la Liga Contra el Cáncer, éste último ordenó cirugía prostatectomía transvesical abierta; **6)** Volvió a su centro médico con los resultados de los exámenes, siendo atendido en el Centro de Salud Palermo, donde le manifestaron que debía efectuarse nuevamente los exámenes y que debía regresar en 2017 para ver si le podía efectuar la cirugía; **7)** Por lo anterior, se dirigió a la Clínica Palermo, en donde lo operaron inmediatamente, momento a partir del cual ha tenido una mejor calidad de vida; y **8)** Actualmente es atendido por el Oncólogo Carlos Coreo de su seguro médico, quien lo atiende cada tres meses y le ha ordenado quimioterapia de Leuprolide por 22,5.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto del 31 de julio de 2017 se ordenó la vinculación de **FIDUPREVISORA S.A., UT MEDICOL SALUD 2012, y MÉDICOS ASOCIADOS S.A.**, no obstante, **FIDUPREVISORA S.A. y MEDICOL- SERVISALUD** no emitieron contestación de la acción elevada por la parte actora (fls. 56 a 62).

UT MEDICOL SALUD 2012 y MÉDICOS ASOCIADOS S.A., no propusieron excepción de mérito, y manifestaron que prestan servicios de salud a los docentes y a sus beneficiarios conforme a lo descrito en los pliegos de condiciones y la cobertura del plan de beneficios en salud definidos por la **FIDUPREVISORA S.A.**, quien es el ente asegurador en salud de la accionante, de tal forma que esta I.P.S. mantiene y respeta los pactos contractuales respecto de los procedimientos médicos como administrativos, teniendo en cuenta el régimen de excepción al que pertenecen los docentes.

Indicó que fue el paciente quien de manera unilateral tomó la decisión de acudir a un médico e institución distinta; que los docentes cuentan con 15 días calendario para presentar ante la I.P.S. las solicitudes de reembolso; y que no existe prueba que demuestre que hubo negligencia, falta de atención oportuna, o cualquier otro aspecto que obligue a esta entidad a asumir el rubro de lo que unilateralmente decidió asumir el paciente.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 22 de enero de 2020, en la que dictó sentencia **parcialmente condenatoria**, en la que condenó a **SERVIMÉDICOS S.A.S.**, a reconocer y pagar a favor

del actor la suma de \$6'360.420, en el término de cinco días, contados a partir de la ejecutoria de la providencia.

A sí mismo le ordenó a la **FIDUPREVISORA S.A.**, "como entidad vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DEL MAGISTERIO, a cuyo cargo están las prestaciones sociales y servicios médicos asistenciales de los docentes y sus beneficiarios, que, en caso que SERVIMEDICOS S.A.S., no realice el pago a favor del actor, en el término señalado, proceda a reconocer y pagar a favor del actor, la suma de \$6'360.420, en los cinco días siguientes, caso en el cual deberá descontar dicha suma del contrato suscrito por el prestador de salud".

En síntesis, refirió que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se rigen por normas generales, sino por disposiciones especiales consignadas en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993, y 115 de 1994; y que las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes y de sus beneficiarios, corren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos recursos son manejados por FIDUPREVISORA S.A.

Expresó que los principios que guían la prestación del servicio de salud son los de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad; que cuando se está frente a una persona de la tercera edad, el goce de su derecho a la salud es de carácter reforzado; que las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer merecen una protección constitucional reforzada, por lo que, en tales casos la integralidad y la oportunidad en la prestación del servicio de salud cobra mayor relevancia y debe cumplirse de manera reforzada; que el accionante es una persona de la tercera edad y cuenta con un diagnóstico de cáncer de próstata, por lo que era sujeto de especial protección constitucional; que el accionante fue objeto

de demoras injustificadas para garantizarle efectivamente sus servicios de salud de forma integral y oportuna.

Concluyó expresando que, conforme criterio del Tribunal Superior de Bogotá, le corresponde al prestador de los servicios asumir el costo de las prestaciones que pagó el demandante, esto es, SERVIMEDICOS S.A.S.; y que pese a lo anterior, en caso no ser reconocida la prestación por parte de SERVIMEDICOS S.A.S., esta debe ser pagada por FIDUPREVISORA S.A. como entidad vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

IV. APELACIÓN

SERVIMÉDICOS S.A.S. (fls. 95 a 100).

Adujo que no es la empresa aseguradora de salud del actor, es decir, no es una E.P.S.; que la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, disponiendo que las prestaciones sociales y los servicios médico-asistenciales de los docentes públicos activos, pensionados y sus beneficiarios, corren a cargo de dicho fondo; que la Nación-Ministerio de Educación Nacional encomendó desde 1990 a la FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora del FOMAG, la contratación de las entidades para garantizar la prestación de los servicios médicos-asistenciales del personal docente y su grupo familiar; que FIDUPREVISORA S.A. contrató para la prestación de los servicios de salud de los docentes del Magisterio de Bogotá, Cundinamarca, Meta, Vichada, Guaviare, Vaupés, Amazonas, Vichada y Guainía, la U.T. MEDICOL SALUD 2012, desde el 01 de mayo de 2012 y hasta el 22 de noviembre de 2017, entidad a la que pertenecía SERVIMEDICOS S.A.S.

Explicó que no existe prueba alguna de negligencia o demora por parte del prestador, pues el paciente jamás aportó una sola orden que no haya sido autorizada; que el paciente de manera

voluntaria decidió asistir a médicos particulares; que quienes manejan las agendas de los médicos es el Call Center, no los médicos; y que ninguna de las entidades que atendieron al actor reportaron al paciente como una atención de urgencias, así como tampoco se solicitaron las autorizaciones que la ley exige, de manera que el accionante llegó de manera libre y voluntaria a las instituciones que le prestaron sus servicios, conociendo plenamente que ello implicaría asumir todos los costos de esas atenciones.

Concluyó manifestando que el plazo para presentar la solicitud de reembolso es de ocho días calendarios contados a partir de la prestación del servicio, no obstante, la solicitud se radicó de manera extemporánea.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Conforme los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si la decisión del A Quo, de condenar a **SERVIMÉDICOS S.A.S.** a reembolsar al demandante la suma de \$6'360.420 por concepto de reembolso de los servicios médicos se encuentra ajustada a derecho.

SERVICIOS MÉDICOS A FAVOR DEL PERSONAL DOCENTE.

En reiteradas oportunidades, como en las sentencias T-505 A. de 2006, y T-524 de 2009, la H. Corte Constitucional ha afirmado que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el régimen de seguridad social de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se rige por normas generales, sino por disposiciones especiales, consignadas en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994. Igualmente, ha advertido que el carácter excepcional de dicho régimen no implica que los principios generales de la seguridad social queden por fuera de su regulación, pues para la Corte, el régimen propio de los docentes no lo hace ajeno a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política.

Igualmente, la H. Corte Constitucional en sentencia T-496 de 2014 dispuso que por mandato expreso de los artículos 3° y 5° de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes activos y pensionados, así como de sus beneficiarios en particular, corren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado como una cuenta especial de la Nación - adscrita al Ministerio de Educación Nacional-, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal que, según lo dispuesto en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C. -con sus respectivas prórrogas, la última de ellas vigente-, es la fiduciaria La Previsora S.A.

De esta forma, los docentes del servicio público educativo y de las plantas de personal de los entes territoriales, se encuentran vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos recursos son administrados en la actualidad por la Fiduciaria La Previsora S.A., por virtud del

contrato de fiducia mercantil que el Estado celebró con ésta para tal fin, según las sentencias en cita.

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

Sobre el punto, ha precisado la jurisprudencia constitucional que el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales activos y pensionados se determina a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios, suscrito entre la fiduciaria y la empresa a quien corresponde la atención de los usuarios. En este sentido la Corte expresó que:

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

Así las cosas, consideró la H. Corte Constitucional, que de conformidad con la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto reglamentario 2474 de 2008, entre otras disposiciones, que son de obligatorio cumplimiento para las entidades de orden nacional, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio dispuso que se diera estricto cumplimiento en la aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva convocando, **mediante invitación pública, la selección del contratista que garantice la prestación de los servicios médico-asistenciales a los docentes activos y pensionados afiliados a dicho Fondo, al igual que a sus beneficiarios.**

En igual sentido, y de las jurisprudencias citadas se tiene que la Fiduciaria La Previsora S.A., en razón de lo anterior ha adelantado diversas convocatorias públicas, siguiendo instrucciones del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, celebrando de esta manera contratos de prestación de servicios donde los oferentes se han obligado a asumir además de los servicios médicos asistenciales, las prestaciones sociales en general, siendo uno de ellos la Unión Temporal **MEDICOL SALUD 2012**, la cual está integrada, entre otras, por **SERVIMÉDICOS S.A.S.**

Por otra parte, el Congreso profirió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. En este desarrollo legislativo se consagró, de un lado el derecho a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial y obligatorio, el cual **debe prestarse de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.** Al respecto, el artículo 2° de la citada normatividad, establece:

“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención,

Demandante: **RICARDO ERAZO ARGOTE.**

Demandado: **MEDICOL- SERVISALUD.**

diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado". (Negrillas por la Sala).

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, entre ellos la sentencia T- 418 de 2013, ha expuesto que el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante, conforme al literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993. De modo que, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

Por otra parte, la sentencia T-760 de 2008, establece que el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el **médico tratante**, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

"En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien *requiere* un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en

principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto”.

Lo anterior, por cuanto el concepto de un médico que trata a una persona puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito; no obstante, la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito, puede convertirse en una barrera al acceso. Es por ello que la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como ‘médico tratante’, así no éste adscrito a su red de servicios, y ha protegido el derecho a la salud cuando el servicio se *“requiere”*, pero no así cuando el servicio es *“útil”* y el médico sólo lo recomienda sin ser indispensable; en tal evento, es donde ha fijado un límite al derecho.

De igual manera, en sentencia T-387 de 2018 se desarrolló un **criterio encaminado a proteger de manera especial y reforzada a las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer**, es así como la jurisprudencia constitucional estableció que en estos casos la integralidad del servicio comprende brindarles acceso al servicio de salud sin obstáculos, efectuar un oportuno tratamiento integral para la atención de su patología, lo que implica no sólo el derecho a “recibir” todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes, tratamientos, sino también las garantías de recibir los servicios de apoyo social y de un entorno tolerable y digno:

“(…)

26. Considera esta Corporación que **ante la seriedad de la problemática, es preciso que tanto los jueces constitucionales, como las entidades encargadas de la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios oncológicos cataloguen la demora en la prestación de servicios de salud a este tipo de pacientes como un verdadero incumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales, y en esta medida adopten las acciones debidas para sancionar, por la vía judicial o administrativa,**

Demandante: **RICARDO ERAZO ARGOTE.**

Demandado: **MEDICOL- SERVISALUD.**

el incumplimiento de las entidades encargadas de la prestación de servicios de salud por falta de oportunidad. Lo anterior, debido al rápido deterioro de la salud que, debido a una espera injustificada, puede llegar a sufrir un paciente de estas características, y a los mayores costos que la falta de oportunidad le está generando al SGSSS.

Por las anteriores razones, advierte la Corte la necesidad de instar a la Superintendencia Nacional de Salud para que dinamice de forma urgente los compromisos adquiridos mediante la Circular 04 de 2014 respecto de las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, y desarrolle medidas urgentes que permitan mejorar la oportunidad para el diagnóstico y la atención eficaz del cáncer en Colombia”.

Finalmente, en sentencias T-801 de 1998, T-1178 de 2008, T-352 de 2010, T-925 de 2011, T-024 de 2014, T-252 de 2017, y T-066 de 2020, por mencionar algunas, se desarrolló un criterio encaminado a **proteger de manera especial y reforzada a las personas de la tercera edad**, en el que la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y por la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión, son circunstancias que no se pueden sobrellevar, cuando la entidad tiene el deber de aseguramiento.

En la sentencia T-066 de 2020 estableció:

*“Los artículos 13 y 46 de la Constitución Política reconocen como elemento fundamental del Estado Social de Derecho, la necesidad de otorgar una especial protección a ciertos sujetos que, por sus condiciones de manifiesta vulnerabilidad, pueden ver restringidas sus posibilidades en la consecución de una igualdad material ante la Ley. En ese orden, ha considerado la propia jurisprudencia constitucional que los **adultos mayores deben ser considerados como sujetos de especial protección constitucional en tanto integran un grupo vulnerable de la sociedad dadas las condiciones físicas, económicas o sociológicas que los diferencian de los otros tipos de colectivos.***

Sobre el particular, ha estimado este Tribunal que los cambios fisiológicos atados al paso del tiempo pueden representar para

quienes se encuentran en un estado de edad avanzada un obstáculo para el ejercicio y la agencia independiente de sus derechos fundamentales en relación con las condiciones en que lo hacen las demás personas. Todo esto, ha precisado la jurisprudencia, no supone aceptar que **las personas de la tercera edad sean incapaces, sino que, en atención a sus condiciones particulares pueden llegar a experimentar mayores cargas a la hora de ejercer, o reivindicar, sus derechos.** Al respecto, señaló la Corte en sentencia T-655 de 2008 lo siguiente:

"(...) si bien, no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional".

Bajo esa línea, resulta imprescindible que el Estado disponga un trato preferencial para las personas mayores con el fin de propender por la igualdad efectiva en el goce de sus derechos. En miras de alcanzar dicho propósito, se requiere la implementación de medidas orientadas a proteger a este grupo frente a las omisiones o acciones que puedan suponer una afectación a sus garantías fundamentales, generando espacios de participación en los que dichos sujetos puedan sentirse incluidos dentro de la sociedad y puedan valorarse sus contribuciones a la misma. En palabras de la Corte:

"(...) la tercera edad apareja ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo".

Por tales razones, la Corte reitera que los adultos mayores no pueden ser discriminados ni marginados en razón de su edad, pues además de transgredir sus derechos fundamentales, se priva a la sociedad de contar con su experiencia de manera enriquecedora".

Ahora bien, cabe destacar que mediante numerosos pronunciamientos en la materia, esta Corporación ha hecho especial hincapié en que la condición de **sujetos de especial protección constitucional en lo que respecta a los adultos mayores adquiere mayor relevancia cuando: (i) los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o (ii) está presuntamente afectada su "subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital entre otros.** Así, le corresponde a las autoridades y, particularmente, al juez constitucional obrar con especial diligencia cuando se trate de este tipo de personas, pues, en atención a sus condiciones de debilidad manifiesta, resulta imperativo aplicar criterios eminentemente protectivos a favor de las mismas.

Demandante: **RICARDO ERAZO ARGOTE.**

Demandado: **MEDICOL- SERVISALUD.**

Lo anterior, aseguró esta Corporación mediante sentencia T-252 de 2017 hará posible que los adultos mayores "(...) dejen de experimentar situaciones de marginación y carencia de poder en los espacios que los afectan. Ello debe verse como un resultado de la materialización del artículo 46° de la Constitución y de los deberes de solidaridad que se encuentran en cabeza del Estado, las familias y los ciudadanos, responsables de suplir las necesidades que adquieren los adultos mayores por el paso natural de los años". En este orden, insistió la Corte mediante la aludida providencia que las instituciones deben procurar "(...) maximizar la calidad de vida de estas personas, incluyéndolas en el tejido social y otorgándoles un trato preferencial en todos los frentes. Conforme a lo expuesto, el ordenamiento jurídico interno e internacional se han venido adaptando para dar mayor participación a los miembros de este grupo especial y crear medidas de discriminación positiva en su beneficio". (Subrayado y Negrilla por la Sala).

Al punto, se precisa que el concepto de adulto mayor difiere del de la persona de la tercera edad, pues el primero es quien supera la edad de 60 años, y el segundo, es quien además de ser adulto mayor ha superado la expectativa de vida, la que actualmente se encuentra en 76 años y para la época de los hechos en 74 años. Sobre el tópico en sentencia T-013 de 2020 establece:

"Conviene precisar que el término "persona de la tercera edad" y el concepto "adulto mayor", que a menudo se usan indistintamente, no pueden ser empleados como sinónimos. El concepto "adulto mayor" fue definido en la Ley 1276 de 2009. En ella se apela a la noción de "vejez" propia del sistema de seguridad social en pensiones, con el fin de identificar la población destinataria de la atención integral en los centros vida. De cara a lo dispuesto por el Legislador en esa norma, será adulto mayor quien supere los 60 años o aquel que sin superar esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de "desgaste físico, vital y psicológico [que] así lo determinen". Por su parte, la calidad de "persona de la tercera edad" solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor".

"Se considera que lo es a partir de 76 años, según actualización emitido por el DANE"

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i) Ricardo Erazo Argote nació el 22 de febrero de 1942 (fl.49).

- ii) Entre el 14 de junio de 2016 y el 08 de junio de 2017, el accionante estuvo en diversas citas con Medicina General, Urología, y Oncología, así como le fueron suministrados medicamentos para el tratamiento de sus patologías por parte de SERVISALUD (fls.66 y 67).
- iii) El 27 de junio y 30 de agosto de 2016, el actor compareció ante médico particular, Edgard Ramírez Moreno; consultas que tuvieron un costo de \$220.000 cada una (fls.10, 17).
- iv) El 10 de septiembre de 2016, el actor fue objeto de incapacidad por parte de la Clínica Marly por presentar retención de orina (fls.7 a 9).
- v) El 16 de septiembre de 2016, el accionante se realizó diferentes pruebas de laboratorio, tales como cuadro hemático, tiempo de protombina, tiempo parcial de protombina, creatinina, glicemia. Antígeno prostático, electrocardiograma y radiografía de tórax (fls. 11 a 16).
- vi) El 20 de septiembre de 2016, el demandante estuvo en consulta especializada por primera vez en Urología en la Liga Contra El Cáncer seccional Bogotá, en la que se remitieron exámenes tales como urocultivo, urodinamina, cistoscopia, tac de abdomen contrastado, y nueva cita para definir manejo (fls.19 a 31).
- vii) El 10 de octubre de 2016, el accionante fue objeto de valoración por SERVISALUD, por presentar retención urinaria, evidenciándose únicamente que se deben efectuar controles cada tres meses, se deben tomar medicamentos y efectuarse los correspondientes exámenes de laboratorio (fls. 68 a 71).
- viii) La Clínica Palermo en historia clínica del 07 de noviembre de 2016 dejó consignado que el actor padecía de un tumor maligno de la próstata, y que para ese día estaba programado para prostatectomía transvesical, tratamiento que se realizó (fls. 34 a 43).

Demandante: **RICARDO ERAZO ARGOTE.**

Demandado: **MEDICOL- SERVISALUD.**

- ix) El 17 de noviembre de 2016 al actor le efectuaron un urocultivo (fls. 46 y 47).
- x) El actor el 27 de febrero de 2017 solicitó el reembolso de los gastos en que incurrió de manera particular; frente a lo que se emitió respuesta negativa por parte de MEDICOL- SERVISALUD (fls.50 a 53).
- xi) El 15 de agosto de 2019, el galeno Hernando Quevedo rindió concepto técnico, informando que según historia clínica el actor padece de un tumor maligno de próstata; que las I.P.S. externas encontraron el crecimiento de la próstata, por lo que debía ser objeto del procedimiento quirúrgico denominado "prostatectomía abierta transvesical", pues contaba con una obstrucción del 100% que hacía imposible la micción; que el FOMAG- Fiduprevisora S.A. no acataron dar cumplimiento al artículo 120 del Decreto 019 de 2012, pues el trámite directo de la prestación de servicios de salud no lo hicieron directamente las I.P.S. de su red de prestadores de servicios; y que evidencia una negativa y una negligencia injustificada, ya que, no se brindó el tratamiento quirúrgico para la obstrucción del tracto de salida de vejiga, por lo que el paciente tuvo que asumirlo de sus propios ingresos (fl. 72).

Pues bien. Lo primero por indicar es que conforme la precedente jurisprudencia constitucional, las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes activos y pensionados, así como de sus beneficiarios, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG; recursos que son manejados por una entidad fiduciaria estatal Fiduciaria La Previsora S.A; que el Consejo Directivo del FOMAG dispuso que mediante invitación pública se debía efectuar la selección del contratista que garantice la prestación de los servicios médico-asistenciales; y que la Fiduciaria La Previsora S.A., con ocasión de lo anterior,

ha adelantado diversas convocatorias públicas, siguiendo instrucciones del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, celebrando de esta manera contratos de prestación de servicios donde los oferentes se han obligado a asumir además de los servicios médicos asistenciales, las prestaciones sociales en general.

En igual sentido, se pone de presente que en la impugnación se señala que *"Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, adjudicó contrato para la prestación de los servicios de salud de los docentes del Magisterio correspondientes a la Región 2 conformada por Bogotá, Cundinamarca, Meta, Vichada, Guaviare, Vaupés, Amazonas, Vichada y Guainía, a la UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012, Unión Temporal a la que pertenecía Servimedicos SAS y que desde el primero (1°) de mayo de 2012 , hasta el veintidós (22) de noviembre de 2017 garantizó la prestación del servicio de salud a los docentes y sus beneficiarios"*.

Por tanto, la Sala tiene claridad en cuanto que la FIDUPREVISORA S.A. es la entidad que maneja los recursos del FOMAG; y que estaba en cabeza de la UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012, a la que pertenece SERVIMEDICOS S.A.S. la prestación de los servicios médico asistenciales del personal docente, y que era por tal motivo que el demandante gozaba de los servicios de SERVIMÉDICOS S.A.S., quedando a cargo de la FIDUPREVISORA S.A. únicamente la supervisión para la adecuada ejecución del contrato.

No obstante, al plenario no se arrimó el respectivo contrato de prestación de servicios que celebró FIDUPREVISORA S.A. con la unión temporal para poder establecer si ésta última se obligó a pagar los correspondientes recobros o reembolsos con ocasión a los gastos en que incurriera un afiliado, no siendo así frente a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., entidad que asume con cargo

Demandante: **RICARDO ERAZO ARGOTE.**

Demandado: **MEDICOL- SERVISALUD.**

a los recursos dados en fiducia las obligaciones resultantes de fallos en procesos judiciales proferidos contra la nación o contra las entidades territoriales cuya fuente de obligación sean las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, la H. Corte Constitucional en Auto No. 037 del 13 de febrero del 2008 precisó:

"(...) De acuerdo a lo estipulado en las cláusulas de la escritura pública No. ochenta y tres (83) de mil novecientos noventa (1990), documento en el que se determinan las obligaciones fiduciarias, se puede resaltar lo siguiente: "Obligaciones Fiduciarias: 4. Cancelar de los recursos dados en fiducia, únicamente el valor de las prestaciones que conforme a la Ley 91/89, y sus decretos reglamentarios deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado, previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo. De todas maneras los pagos se harán en forma descentralizada. (...)

De igual manera, el documento anteriormente mencionado fue modificado por la escritura pública No. 0254 de 2000, por la cual se muda la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, quedando así: "**La Fiduciaria La Previsora S.A., con cargo a los recursos dados en fiducia cancelará las obligaciones resultantes de fallos en procesos judiciales proferidos contra la nación o contra las entidades territoriales cuya fuente de obligación sean las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (...)**" (Negrillas fuera de texto)

Por tanto, en caso de considerarse que hay lugar a la imposición de la condena, se modificará la sentencia en el sentido de establecer que quien debe asumir el pago de los valores pagados por el accionante es la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como entidad vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Al respecto, se observa que, para junio de 2016, fecha en la que el actor empieza a acudir a médicos particulares por la presunta falta de prestación del servicio de salud por parte de SERVISALUD, contaba con **74 años** de edad, por lo que

ciertamente era una persona de la tercera edad, que gozaba de una especial protección constitucional.

Asimismo, y efectuado el análisis integral del acervo probatorio narrado, encuentra la Sala que le asiste razón al demandante frente a la solicitud de su cita médica y la cirugía a la que fue sometida, puesto que estas eran de carácter prioritario; en efecto, nótese que en el informe técnico rendido por el Profesional Hernando Quevedo se establece que las I.P.S. externas encontraron el crecimiento de la próstata del actor, por lo que, debía ser objeto del procedimiento quirúrgico denominado "prostatectomía abierta transvesical", pues contaba con una obstrucción del 100% que hacía imposible su micción, situación que no sólo afecta la salud del demandante sino que también de no ser tratada puede ir contravía de su dignidad propia como ser humano.

Igualmente, considera la Sala que la decisión del accionante no fue caprichosa, pues por el contrario y ante la presencia de un tumor cancerígeno, lo prudente era que el prestador de sus servicios de salud realizara todos los trámites y procedimientos necesarios para lograr la protección del derecho fundamental a su la salud, no obstante, y contrario a ello, lo que se denota fue un actuar displicente frente a la situación que presentaba el actor ante la carencia de poder suplir una de sus necesidades básicas.

Así las cosas, no puede considerarse que la situación de salud del accionante fue asumida por parte de la pasiva con la seguridad que precisa la problemática que se presentaba, ya que del recuento jurisprudencial relatado, es claro que el tratamiento no sólo debía efectuarse de forma integral sino también que debía brindarse sin ningún tipo de obstáculos, pues la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones que impliquen grave riesgo para la vida de personas

en situación evidente de indefensión son circunstancias que no se pueden sobrellevar, cuando la entidad tiene el deber de aseguramiento (mirar sentencias T- 745 de 2009, T- 437 de 2010, y T-199 de 2013).

En este punto, se hace necesario resaltar que si bien SERVISALUD en ningún momento hizo caso omiso a las citas solicitadas por el actor, lo cierto es que, conforme a la vasta jurisprudencia constitucional mencionada, el tratamiento integral de los servicios médicos de personas que padecen o sobre los que se tiene una sospecha de cáncer, implica “recibir” todos los tratamientos relacionados con este de manera rápida y ágil, por lo que, en tal entender, no bastaba con que se prestara la atención médica a través de urólogo u oncólogo, era imprescindible para proteger la salud y vida de la accionante, que ésta recibiera la respectiva atención para que pudiera recobrar siquiera de forma parcial la posibilidad de miccionar, pues su situación era de carácter prioritario.

Del mismo modo, no desconoce la Sala que al accionante se le efectuaron los correspondientes tratamientos a través del servicio médico contratado por la FIDUPREVISORA S.A., no obstante, en las atenciones brindadas, especialmente la del 19 de octubre de 2016, no se logra evidenciar que se hubiesen tomado medidas efectivas para que el paciente lograra recibir un tratamiento oportuno e idóneo ante la retención urinaria que lo aquejaba, sin que se allegue prueba en contrario por parte de la pasiva, de manera que el actuar del paciente fue apropiado frente a la situación alarmante que padecía, por lo que, en tal entender no se puede considerar que la decisión de tomar la cita con un médico particular fuera unilateral, puesto que su ente asegurador no estaba ejecutando las medidas necesarias para salvaguardar sus derechos fundamentales.

Así las cosas, considera la Sala que ante la especial protección que tenía el actor por ser una persona de la tercera

edad y padecer de cáncer, que los servicios a su favor se debieron brindar de la manera más rápida y oportuna, pues en caso contrario es dable deprecar una negativa injustificada o negligencia demostrada; recuérdese que al estarse frente a una persona con cáncer o con sospecha de este, cualquier clase de barrera debía ser completamente removida, ya que de lo contrario se podía poner en alto riesgo la vida del afiliado.

Por otra parte, y en lo referente a que la **solicitud es extemporánea**, encontramos en la guía de atención al usuario del FOMAG, lo siguiente:

"Urgencias vitales.

Cuando el usuario haga uso de una red de servicios distinta a la que el prestador de salud haya establecido para el manejo de estos casos, por razones claramente documentadas y justificadas por la edad tratante o en caso de una urgencia vital, le serán reembolsados los costos de dichas atenciones, siempre y cuando estén dentro de las coberturas previstas. Se debe cumplir con lo definido en el Decreto 4747 de 2007, en relación con el sistema de autorizaciones, referencia y contrareferencia y disponibilidad 24 horas de Call Center entre otras cosas. Los costos de la atención de la urgencia justificada alternadamente, puede ser recobrada por la IPS al Prestador de salud de la Región del Usuario, máximo a tarifas SOAT. Cuando se presenten urgencias vitales, las tarifas para el pago de reembolsos serán las tarifas SOAT vigentes, ajustadas acorde con las modificaciones que a esta disposición se hicieran, sin que medie contratación con el prestador. Si existe contratación para la prestación de estos servicios, las tarifas serán las que se hayan pactado en el acuerdo de voluntades sin que estas sean superiores a las SOAT. Para efectos del reembolso, el usuario o familiares deberán informar por cualquier medio conducente al prestador de salud, dentro de los ocho (8) días calendarios siguientes a la ocurrencia de los hechos, la urgencia presentada. Así mismo, deberá radicar la solicitud de reembolso dentro de los quince (15) días siguientes al egreso hospitalario. Se exceptúan de esta obligación los pacientes que por su alteración patológica no se encuentren en condiciones de informar lo sucedido, así como aquellos que por su estado clínico o 33 por su estado de soledad y en general, por todo impedimento demostrable que haya acaecido y que constituya fuerza mayor o el caso fortuito, que le haya impedido dar aviso dentro de los plazos indicados".

Así las cosas, atendiendo a que al demandante se le practicó el 07 de noviembre de 2016 dejó prostatectomía transvesical, (fls.

Demandante: **RICARDO ERAZO ARGOTE.**

Demandado: **MEDICOL- SERVISALUD.**

34 a 43) y que el 27 de febrero de 2017 solicitó el reembolso de los gastos en que incurrió de manera particular; (fls.50 a 53), la Sala no estima extemporánea la petición de reembolso, al ser el plazo aludido meramente formal, pues no puede entenderse de ninguna manera como un término prescriptivo de la obligación que tiene la pasiva de reconocer a sus usuarios, el reembolso de los dineros que le correspondía asumir. En efecto, dichos plazos corresponden simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la propia entidad, razón por la cual el vencimiento del mismo no puede de manera alguna tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le asisten, tal y como lo ha explicado la H. Corte Constitucional, por ejemplo en sentencia T-594 de 2007.

Como corolario de lo expuesto, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. debe reconocer y pagar a favor del actor la suma de \$6'360.420 por concepto de gastos que tuvo que asumir de manera particular. Igualmente, y dado que se ordena el reconocimiento a cargo únicamente se FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. se **REVOCARÁ el numeral tercero** de la sentencia, y en su lugar, se ABSOLVERÁ a SERVIMEDICOS S.A.S. de las pretensiones incoadas en su contra.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

Demandante: **RICARDO ERAZO ARGOTE.**

Demandado: **MEDICOL- SERVISALUD.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **REVOCAR** el numeral tercero de la sentencia. En su lugar, se **ABSUELVE** a **SERVIMEDICOS S.A.S.** de las pretensiones incoadas en su contra.

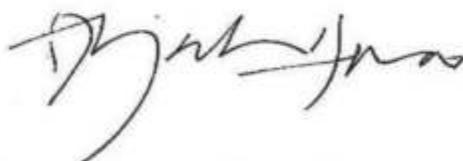
SEGUNDO. - **MODIFICAR** el numeral cuarto de la sentencia, en el sentido de establecer que es **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, como entidad vocera y administradora del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, la única entidad que debe reconocer y pagar a favor de Ricardo Erazo Argote, la suma de \$6'360.420 por concepto de gastos que tuvo que asumir de manera particular, de conformidad con lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. - **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

CUARTO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01316 -01
Demandante: **SARA MATILDE ACELAS GUTIÉRREZ**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de MEDIMÁS E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 18 de julio de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese la **SARA MATILDE ACELAS GUTIÉRREZ** en contra de **MEDIMÁS E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte demandante pretende obtener el reconocimiento y pago de la suma de \$872.900, gastos en que incurrió por concepto de hospedaje, alimentación, taxi, y consultas médicas en la ciudad

Demandante: **SARA MATILDE ACELAS GUTIÉRREZ**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S.**

de Medellín y Rionegro, con el fin de cumplir los controles programados postrasplante hepático y renal, en septiembre y diciembre de 2017.

2. HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** El 27 de noviembre de 2011 fue trasplantada de hígado y riñón por sufrir una enfermedad poliquística, procedimiento que fue realizado en Medellín- Antioquia; **2)** Como consecuencia de su diagnóstico debe llevar controles rigurosos, por lo cual cada tres meses debe trasladarse a las ciudades de Medellín y Rionegro; **3)** La E.P.S. MEDIMÁS no tenía convenio con la I.P.S. a la que fue remitida para sus controles, señalándose por parte de la E.P.S. que podía tomar los servicios y que a los 20 días le efectuaban el reintegro de los valores pagados; **4)** No le entregaron medicamentos de alto costo, por lo que tuvo que asumirlos de su patrimonio, con el compromiso que el valor que pagaría sería reintegrado a los 20 días; **5)** El 12 de febrero de 2018 solicitó el reembolso de los valores que tuvo que asumir por su cuenta, frente a lo que la E.P.S. emitió respuesta el 14 de febrero de 2018, señalando que se encontraba en auditoría médica la petición; y **6)** Ha acudido en varias ocasiones a la E.P.S. sin que a la fecha se hubiere emitido ningún tipo de reembolso de su dinero que tuvo que sufragar, el que por demás, requirió en calidad de préstamo.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de folio 60). No propuso excepciones de mérito.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01316 -01
Demandante: **SARA MATILDE ACELAS GUTIÉRREZ**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S.**

Indicó que la demandante ha realizado cuatro solicitudes de reembolso; que frente a la solicitudes de consulta de hepatología del 20 de septiembre y 13 de diciembre de 2017 pagó la suma de \$42.500, y glosó el valor restante, \$107.500, como quiera que el reconocimiento se debía efectuar de conformidad con los valores que establece el Ministerio de Salud conforme Resolución 5261 de 1994; que el hospedaje y alimentación del 18 al 21 de septiembre de 2017 se pagó al 100%; y que el transporte intermunicipal y urbano del 18 al 21 de septiembre de 2017, se pagó \$234.100, y se glosó \$25.900 por cuanto no gozaban de autorización de la E.P.S.;

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 61 a 69), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** a la pretensión formulada por la actora en contra de la E.P.S. MEDIMÁS.

TERCERO: ORDENAR a MEDIMÁS E.P.S. reconocer y pagar a favor de la actora la suma de \$325.900, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que los principios que guían la prestación del servicio de salud son los de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad; que el concepto de integralidad no es absoluto, sino que se encuentra condicionado a lo que establezca el diagnóstico médico; que MEDIMÁS E.P.S. expidió las autorizaciones para los servicios requeridos por la accionante para los controles por la especialidad de hepatología conforme el diagnóstico de trasplante combinado de hígado y riñón, en la ciudad de Medellín- Hospital San Vicente de Paúl Rionegro para los días 20 de septiembre y 13 de diciembre de 2017, así como lo relacionado con transporte

Demandante: **SARA MATILDE ACELAS GUTIÉRREZ**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S.**

intermunicipal y urbano; y que pese a lo anterior no se aseguró la prestación real y efectiva los servicios médicos asistenciales requeridos ni la cobertura para la paciente ni su acompañante, no obstante estar incluidos en el P.O.S. y mediar orden de tutela.

Adujo que los padecimientos de salud de la accionante resultan notorios, por lo que, en virtud de tal situación ésta se vio obligada a asumir sus servicios de salud, por lo que, su actuar resulta más que justificado; que nadie puede alegar a su favor su propia negligencia, de modo que, las consultas requeridas por la demandante pudieron ser suministradas por la accionada y ante esa imposibilidad debe asumir su coste, por demás que no se estaba frente a un tratamiento considerado como "puerta de entrada al sistema", esto es, una urgencia, consulta médica u odontológica general, ni se estaba frente a una persona menor de 18 años ni en estado de embarazo o puerperio; y que la jurisprudencia constitucional ha determinado la posibilidad de reconocer el transporte cuando no puede ser sufragado por el paciente ni su familia.

Finalmente, explicó que al existir un pago de \$547.000 hay lugar al reconocimiento de la suma restante y que fue asumida en su momento por la afiliada, esto es, \$325.900.

IV. APELACIÓN.

MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de folio 60).

Adujo que la actora tiene cinco solicitudes de reembolso por un valor total de \$1.156.700 por concepto de viáticos y consultas médicas, solicitudes que fueron aprobadas por MEDIMÁS E.P.S. en la suma de \$818.000, lo que fue girado a nombre de la demandante en su cuenta del Banco de Bogotá; y que operó la excepción de prescripción, ya que, han transcurrido más de tres años desde la exigibilidad del recobro.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si se encuentra acreditado el pago de los valores asumidos por la señora Sara Matilde Acelas Gutiérrez, y si es dable estudiar la excepción de prescripción.

DEL PAGO DE INCAPACIDADES.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la

Demandante: **SARA MATILDE ACELAS GUTIÉRREZ**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S.**

contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, que aduce:

“Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud, EPS**. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

De la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de sus trabajadores.

Ahora bien, y relación con las incapacidades, el reembolso que solicite el empleador sólo es dable sobre las concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días están en cabeza del empleador, según lo dispone el **parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999**¹.

Igualmente, el auxilio económico que recibe el trabajador en la incapacidad laboral de origen común corresponde al 66.66%

¹ **“Artículo 40 (...) PARAGRAFO 1o.** <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.”

del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al salario mínimo, conforme lo indica el **artículo 222 del C.S.T²**.

DEL CASO CON CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) El 31 de julio de 2009, el Juzgado Octavo Penal Municipal ordenó a MEDIMÁS E.P.S. que debía asumir todos los tratamientos para lograr el tratamiento integral de la señora Sara Matilde Acelas Gutiérrez, quien padece de insuficiencia renal crónica terminal (fls. 40 a 49).
- ii) El 27 de octubre de 2011, le fue efectuado trasplante de hígado y riñón (fls.12 y 13).
- iii) El 12 de septiembre de 2017, fueron autorizados a favor de la demandante: servicio de hospedaje y alimentación por adulto; traslado redondo urbano; traslado redondo urbano otros municipios por km recorrido; tarifa por kilómetro para traslados intermunicipales más de 25 km y hasta 300 km, transporte especial; y consulta para hepatología por parte de MEDIMÁS E.P.S. (fls.4 a 10).
- iv) El 20 de septiembre y el 13 de diciembre de 2017 tuvo citas de control con la Fundación San Vicente Centros Especializados (fls. 11 a 15).
- v) La accionante asumió de su patrimonio el servicio de hospedaje, alimentación, transporte y consultas (fls. 16 a 21).
- vi) El 21 de septiembre de 2017, la accionante radicó el reembolso de los gastos que asumió en la primera

2 **“ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO.** <Ver Notas del Editor> <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”.

consulta, y el 13 de febrero de 2018, solicitó el reembolso de los gastos que asumió en la segunda consulta; los que fueron negados el 14 de febrero de 2018 (fls. 33 a 38).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que CAFESALUD E.P.S. señala que pagó las prestaciones que fueron asumidas por la accionante, para lo que se hace necesario rememorar que el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

De esta manera, le correspondía a CAFESALUD E.P.S. allegar los correspondientes documentos que dieran cuenta del reconocimiento económico; no obstante, y tan sólo cuando se elevó la impugnación por aquella, fue que se puso de presente el pago de las correspondientes incapacidades con el respectivo soporte documental. Al punto, es necesario tener en cuenta que el proceso sumario, goza de un procedimiento corto y expedito, más ello no es óbice para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción dentro de la actuación, tal y como lo establece el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, al disponer:

“(…) La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

En ese orden de ideas, el inciso 2° del parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece las etapas del proceso sumario de conocimiento de la Superintendencia

Nacional de Salud, resaltándose que no se prevé expresamente la posibilidad de contestar la demanda, y sí que prevalecerá la informalidad, miremos:

“La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

No obstante, lo anterior no quiere decir que se puedan allegar pruebas en cualquier etapa del proceso, pues el inciso 4° del artículo 279 del C.G.P, dispone que los hechos sobrevinientes se pueden alegar a más tardar antes de los alegatos de conclusión. En tal sentido, y no existiendo este momento procesal en el proceso sumario, se entiende que se pudieron arrimar las constancias de las que se pretende derivar el pago, **hasta antes de que el A Quo dictó sentencia**. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL4221-2020**, señaló que:

“Los falladores de instancia no pueden ignorar aquellos hechos sobrevinientes al proceso que puedan impactar los requisitos o supuestos para acceder a las diferentes prestaciones establecidas en la ley. Así lo tiene explicado esta Corporación, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2000, rad. 14214, reiterada en las sentencias SL16805-2016 y SL3707-2018, donde al respecto dijo:

[...] en los procesos laborales es aplicable el artículo 305 del CPC en tanto prevé, en casos como el aquí estudiado la obligación del sentenciador de tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y allegado regularmente antes de que el expediente entre a despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

En este orden, por haberse satisfecho el requisito de la edad con posterioridad a la presentación de la demanda, se está ante un

Demandante: **SARA MATILDE ACELAS GUTIÉRREZ**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S.**

hecho sobreviniente que no puede desconocerse, además de tener respaldo normativo procesal en el artículo 281 del CGP, aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS”.

En el sub lite, se advierte que el A Quo garantizó el debido proceso de CAFESALUD E.P.S., ya que le notificó la solicitud dirigida por la parte actora, y ésta tuvo la oportunidad de pronunciarse efectuando la contestación de la demanda, allegando las pruebas correspondientes para ejercer su derecho de defensa (medio óptico de folio 61).

En ese orden de ideas, no es posible estudiar los documentos allegados con la impugnación, para con ellos verificar si se logró acreditar el pago de los valores recobrados.

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de tener en cuenta los aludidos documentos, la Sala tendría que concluir que si bien de éstos se logran extraer pagos por parte de CAFESALUD E.P.S. a favor de Sara Matilde Acelas Gutiérrez, aún no se encuentra sufragada en su totalidad la condena impuesta por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, pues ésta tuvo en cuenta para su imponer la condena que el valor de las prestaciones ascendía a \$872.900- de los cuales se adeudaban \$325.900-, y conforme a los pagos arrimados en la impugnación tan sólo se acredita el reembolso a favor de la demandante de la suma de \$818.000

Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en aras de verificar el cumplimiento de la condena establecida en el numeral tercero de la sentencia, esto es: **“ORDENAR a MEDIMÁS E.P.S. reconocer y pagar a favor de la actora la suma de \$325.900, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia”**, requiera a la demandada MEDIMÁS E.P.S., para que suministre soportes adicionales que contenga el pago integro de la condena

impuesta, y que puedan otorgar certeza del pago de las incapacidades que dicha entidad afirma haber realizado por medio de diferentes consignaciones.

Por otra parte, y en relación con la **prescripción**, se hace necesario recordar que el término para solicitar prestaciones económicas se encuentra en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, norma que dispone:

“ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador”.

Así mismo, el artículo 489 del C.S.T. establece:

“ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”.

En el caso, se observa que la primera prestación requerida por la accionante data del 20 de septiembre de 2017, y que se demandó, inclusive, el 13 de abril de 2018 (fl.1), esto es, dentro de los tres años posteriores a la causación del valor recobrado; por demás que, en caso de haber prosperado el fenómeno extintivo, es necesario resaltar que en la contestación de la demanda MEDIMÁS E.P.S. no propuso dicha excepción, recuérdese que conforme al artículo 282 del C.G.P., la prescripción debe ser alegada y no puede ser declarada de oficio:

“Artículo 282. Resolución sobre excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada (...).”.

Demandante: **SARA MATILDE ACELAS GUTIÉRREZ**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S.**

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

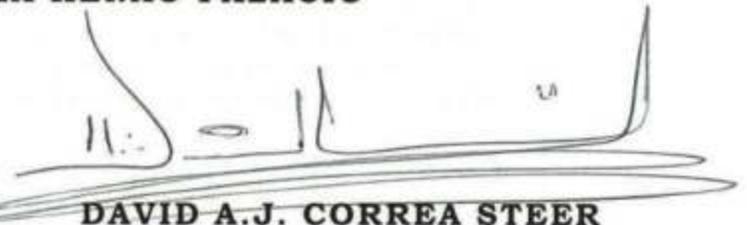
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de CAFESALUD E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese la **AGUAS DEL MAGDALENA S.A.** en contra de **MEDIMÁS E.P.S. y CAFESALUD E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte demandante pretende obtener en su favor **las incapacidades con radicados 5394913, 5487224, y 551738** por las sumas de

\$400.849, \$240.509, y \$240.509, respectivamente. Igualmente, solicita la **licencia de maternidad** con radicado **5539679** por valor de \$15'153.600.

2. HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Su trabajadora, Karina Morón Morón, fue incapacitada por enfermedad general el 07 de mayo de 2017 por siete días, el 15 de junio de 2017 por cinco días, y el 24 de junio de 2017 por el cinco días; **2)** Karina Morón Morón se encontraba en estado de gestación, motivo por el que le fue el 01 de junio de 2017, MEDIMÁS E.P.S. le otorgó licencia de maternidad hasta el 03 de noviembre de 2017; **3)** Pagó las incapacidades y la licencia de maternidad; **4)** Recobró ante la E.P.S. las incapacidades y la licencia de maternidad; **5)** El 24 de agosto de 2017, le fue negada la licencia de maternidad por el pago inoportuno de cotizaciones, y las incapacidades se reconocieron, pero teniendo en cuenta un I.B.C. inferior al cotizado; y **6)** El 01 de septiembre de 2017 presentó ante MEDIMÁS E.P.S. escrito de reconsideración, pero a la entidad ha guardado silencio.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de folio 105), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la excepción de mérito la que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que las prestaciones económicas que se reclaman se causaron en vigencia de CAFESALUD E.P.S.; y que su función de aseguramiento inició el 01 de agosto de 2017.

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 105), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, licencia de maternidad reconocida y liquidada, las incapacidades reconocidas por CAFESALUD están a cargo de MEDIMÁS E.P.S., y la genérica.

Indicó que reconoció y liquidó la licencia de maternidad, pero que su pago no se ha podido efectuar como consecuencia de la congelación de la cuenta maestra de CAFESALUD E.P.S.; y que las incapacidades están a cargo de MEDIMÁS E.P.S. de conformidad con la orden impuesta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Primera- Subsección A. del 26 de octubre de 2017, a través de la que impuso medida cautelar de urgencia, señalando que MEDIMÁS E.P.S. debía pagar la totalidad de incapacidades sin exigir a los afiliados realizados trámites adicionales.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 82 a 87), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 11 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** a las pretensiones de la demanda presentada por el representante legal de la sociedad AGUAS DEL MAGDALENA S.A., en contra de CAFESALUD E.P.S. y MEDIMÁS E.P.S.

TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. a pagar la suma de \$4'930.994, con las actualizaciones monetarias correspondientes, en favor de la sociedad AGUAS DEL MAGDALENA S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a MEDIMÁS E.P.S. a pagar la suma de \$11'425.333, con las actualizaciones monetarias correspondientes, en favor de la sociedad AGUAS DEL MAGDALENA S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que se encuentra acreditado que la señora Karina Morón Morón tiene una relación laboral con