



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

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado Ponente

**Proceso: 110012205000202101065-01**

**SUMARIO ADELANTADO POR JHONNIER ALEXANDER VELÁQUEZ  
CONTRA CAFESALUD EPS S.A.**

Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 7 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 laboral promovido por **JHONNIER ALEXANDER VELÁQUEZ** contra **CAFESALUD EPS S.A.**

**ANTECEDENTES**

JHONNIER ALEXANDER VELÁSQUEZ, actuando en nombre propio, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que CAFESALUD EPS S.A., reembolse la suma de \$835.090, correspondientes a los gastos de unas imágenes diagnósticas y biopsia, que debió practicarse de manera particular, ante la imposibilidad de hacerlo a través de la EPS accionada.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señalan que, inicialmente se encontraba afiliado a Saludcoop EPS, pero debido a su liquidación, fue trasladado a CAFESALUD EPS S.A., regional Risaralda, pero, con atención en Cartago – Valle, donde reside. Refiere que, en esa ciudad no cuenta con atención de urgencias, ni hospitalización, razón por la que debe viajar a Pereira, ante cualquier eventualidad.

Indica que, en diciembre de 2016, consultó en el Centro de Atención Medica de Pereira, por presentar reflujo y fuerte dolor torácico; allí le fue ordenada valoración por gastroenterología, además de una endoscopia de vías digestivas, por antecedentes de esofagitis, reflujo gastroesofágico y regurgitación; que, inmediatamente después de la consulta, radicó ante la EPS, la orden para el procedimiento, pero, le fue informado en la ventanilla,

que no contaban con disponibilidad de agenda y que la fecha más cercana era para marzo de 2017; debido a su regular estado de salud, familiares y amigos, reunieron dinero, para que se practicara el examen de manera particular, así entonces, el procedimiento fue practicado por el Dr. Luis Javier Castañeda, tuvo un costo de \$355.0000, correspondientes a la endoscopia y una biopsia, más \$200.090 para el radiólogo

Manifiesta que, luego de mucho insistir, obtuvo cita con el gastroenterólogo, quien le ordenó otro estudio denominado faringografía y esofagograma con cine o video, por lo que el 28 de diciembre de 2016, acudió ante la accionada, para que le autorizara el procedimiento, pero allí le dijeron que éste no se podía autorizar, ya que no cuentan con los equipos para realizarlo, ni tienen convenio con entidades que se lo practiquen; ante su negativa, presentó acción de tutela, que correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimientos de Cartago, quien, mediante sentencia del 17 de enero de 2017, le ordenó a CAFESALUD EPS S.A., realizarse el examen, sin que, haya sido posible que ésta lo autorizara o se lo practicara, pese al fallo de tutela e incidente de desacato. Además, también se le ordenó una gamagrafía de reflujo, ante la dificultad para recibir alimentos, pero, como las IPS's, rechazan las ordenes de CAFESALUD EPS S.A., su familia le costeó el examen, que tuvo un valor de \$280.000; encontrándose a la fecha de presentación de esta acción, en delicado estado de salud, por lo que tuvo que renunciar a su trabajo, pese a su precaria situación económica, ya que vive con su abuela, quien depende de él (fls. 1-3).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificada **CAFESALUD EPS S.A.**, se opuso a la pretensión del accionante, por resultar improcedente el reembolso deprecado, ante el incumplimiento de los requisitos exigidos por la Resolución 5261 de 1994, pues, no se probó la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia por parte de la EPS, en la prestación del servicio; quien, ha emitido todas y cada una de las autorizaciones de servicios a nombre del actor, para el tratamiento de su patología, ofreciendo además una red de servicios con altos estándares de calidad; tampoco se trata de una urgencia vital, ni la IPS, que lo atendió, solicitó autorización de la prestación de sus servicios; menos aún el solicitante probó incapacidad económica para asumir los gastos de los exámenes de manera particular, y, en todo caso, las facturas presentadas, no cumplen los requisitos legales, pues, no es posible verificar que efectivamente hayan sido canceladas, incumpliendo los requisitos especiales del artículo 774 del C.Co.

Además, advierte que, la Superintendencia Nacional de Salud, carece de competencia para resolver esta controversia, por ser un asunto de la Seguridad Social, que debe ventilarse ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral; y que, los recursos de la salud, tienen una destinación específica, por lo que, no puede proceder al reconocimiento y pago de procedimientos

o incapacidades que no fueron oportunamente autorizados por la EPS. Pide, en consecuencia, que se desestimen las pretensiones del actor (fls. 29-33).

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 7 de julio de 2019, accedió al reembolso solicitado por el accionante, ordenando a CAFESALUD EPS S.A., cancelarle la suma de \$835.000, por concepto de reconocimiento económico de los gastos en que incurrió en los exámenes médicos practicados de manera particular; considerando que, de acuerdo con el concepto técnico suscrito por una profesional de la medicina adscrita a esa Superintendencia, la EPS accionada, no probó haber garantizado la atención médica que requería el afiliado, para la práctica de los exámenes ordenados, ni la atención del especialista en gastroenterología, pese a que las ordenes médicas se emitieron de manera prioritaria, ni siquiera demostró haber dado respuesta, de manera formal, a las solicitudes de autorización de dichas tecnologías, es decir, que, ni siquiera autorizó los servicios requeridos por el actor, presentándose una falla en oportunidad, continuidad e integralidad de la atención que requería el usuario, viéndose obligado a acudir de manera particular.

Dijo además el a-quo, que, las facturas allegadas al expediente, son prueba idónea y legal, al no haber sido tachadas de falsedad, y, además, registran los datos del emisor, el concepto del servicio, la persona que lo requirió, y su valor, por lo que, sirven de soporte probatorio, toda vez que, los profesionales de la salud, no están obligados a expedir factura o documento equivalente, cuando no supere el tope de ingresos exigidos en el artículo 499 del ET.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación CAFESALUD EPS S.A., interpuso recurso de apelación, insistiendo en los mismos argumentos de su contestación, esto es, que no resulta procedente el reembolso deprecado, pues, no cumple con los requisitos legales, ya que, el servicio prestado por la IPS ajena a su red prestadora, no fue una atención de urgencias, tampoco estuvo autorizado por la EPS, ni se probó la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en la prestación del servicio de salud; sumado a ello, indica la EPS, que, no tuvo la oportunidad de controvertir el informe técnico de la profesional de medicina de la Superintendencia de Salud, pues, siendo una prueba pericial, debió corrersele traslado de ella; además que, las facturas no cumplen los requisitos legales del artículo 774 del C.Co.; y que, debido al proceso de intervención forzosa administrativa del cual es objeto esa Entidad, debe

ordenársele al actor, hacerse parte del proceso de liquidación de la entidad para que su crédito sea tenido en cuenta dentro del mismo.

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

### **CONSIDERACIONES**

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999<sup>1</sup>.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por el demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar (i) si procede el reembolso reclamado por el actor (ii) si las facturas de los servicios cuyo pago pretende el actor, son prueba idónea del pago reclamado; (iii) si debió correrse a la EPS demandada, traslado del informe técnico realizado por la profesional de medicina vinculada a la Superintendencia de Salud, y que fuera soporte de la decisión de Primer Grado; y, (iv) si debe ordenársele al accionante, hacerse parte en el proceso de liquidación de CAFESALUD EPS S.A.

### **DEL REEMBOLSO DE GESTOS MÉDICOS**

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

*“Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:*

*(...)*

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

---

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

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

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

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

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

*“El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”. De igual modo, se dice que **la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el***

**acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio, dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.”.** (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)

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

## **DE LA FACTURA DE VENTA**

Respecto a la factura de venta y sus requisitos, los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario, establecen:

*“ARTICULO 617. REQUISITOS DE LA FACTURA DE VENTA. Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos:*

- a. Estar denominada expresamente como factura de venta.*
- b. Apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio.*
- c. Literal modificado por el artículo 64 de la Ley 788 de 2002. Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado.*
- d. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta.*
- e. Fecha de su expedición.*
- f. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados.*

- g. Valor total de la operación.*
- h. El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura.*
- i. Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas.*
- j. <Literal INEXEQUIBLE>*

*Al momento de la expedición de la factura los requisitos de los literales a), b), d) y h), deberán estar previamente impresos a través de medios litográficos, tipográficos o de técnicas industriales de carácter similar. Cuando el contribuyente utilice un sistema de facturación por computador o máquinas registradoras, con la impresión efectuada por tales medios se entienden cumplidos los requisitos de impresión previa. El sistema de facturación deberá numerar en forma consecutiva las facturas y se deberán proveer los medios necesarios para su verificación y auditoría.*

*PARAGRAFO. En el caso de las Empresas que venden tiquetes de transporte no será obligatorio entregar el original de la factura. Al efecto, será suficiente entregar copia de la misma.*

*PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 45 de la Ley 962 de 2005> Para el caso de facturación por máquinas registradoras será admisible la utilización de numeración diaria o periódica, siempre y cuando corresponda a un sistema consecutivo que permita individualizar y distinguir de manera inequívoca cada operación facturada, ya sea mediante prefijos numéricos, alfabéticos o alfanuméricos o mecanismos similares.*

*ARTICULO 618. OBLIGACIÓN DE EXIGIR FACTURA O DOCUMENTO EQUIVALENTE. A partir de la vigencia de la presente ley los adquirentes de bienes corporales muebles o servicios están obligados a exigir las facturas o documentos equivalentes que establezcan las normas legales, al igual que a exhibirlos cuando los funcionarios de la administración tributaria debidamente comisionados para el efecto así lo exijan.”*

## **DEL PROCESO DE INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA LA LIQUIDACIÓN DE CAFESALUD EPS**

El 5 de julio del 2017, CAFESALUD EPS S.A, presentó ante la Superintendencia Nacional de Salud solicitud de Reorganización Institucional, el cual fue aprobado mediante la Resolución No. 2426 del 2017 ordenando la cesión de los activos, pasivos, contratos asociados a la prestación de servicios de salud y la habilitación del régimen contributivo y subsidiado a MEDIMAS EPS. El 30 de Octubre de 2018, la EPS solicitó la intervención forzosa administrativa para liquidar la entidad, toda vez que no tenía la posibilidad financiera y administrativa de continuar con su gestión, por lo que, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la Resolución No. 007172 del 22 de Julio de 2019, ordenó la inmediata toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A; como consecuencia de la anterior decisión, el proceso de liquidación inició el día 5 de agosto de 2019.

El régimen jurídico aplicable a la liquidación de la entidad CAFESALUD EPS SA En Liquidación, es el dispuesto en la Resolución 007172 de 22 de

Julio de 2019, adicionada por la Resolución 008028 del 20 de Agosto de 2019, expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud, en concordancia con lo estipulado en los artículos 20 y 70 de la ley 1116 de 2006, el Decreto 2555 de 2010, y el Estatuto Orgánico Del Sistema Financiero (Decreto ley 663 de 1993).

En lo que interesa para resolver el presente asunto, el artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale. Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Por su parte el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento para el cobro de sentencias contra la EPS, señalando que:

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

*En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad. Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;*

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

Así las cosas, quien se considere con derecho a reclamar ante la EPS accionada, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito, el cual será considerado como pasivo cierto no reclamado; y en todo caso, quienes tenían procesos ordinarios admitidos y a pesar de haberlos notificado a CAFESALUD EPS SA EN LIQUIDACIÓN, antes del 5 de agosto de 2019, no presentaran su reclamación, las futuras condenas, son incluidas en el pasivo cierto no reclamado; quedando a voluntad del acreedor, hacer o no efectivo su derecho dentro del proceso de liquidación.

## **DEL CASO EN CONCRETO**

Insiste la demandada, en su recurso, en que en el presente caso no se cumplen los requisitos legales para proceder al reembolso de los gastos médicos que reclama el accionante, pues, la atención prestada al actor, no fue por urgencias, el servicio no fue autorizado por la EPS, ni se acreditó incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en la prestación del servicio de salud por parte de esa Entidad.

Al respecto, se allegaron al plenario como pruebas, historia clínica, de la ESE SALUD PEREIRA, donde se advierte, atención al accionante, el 15 de diciembre de 2016, por urgencias, y se dispuso que, *“ES NECESARIO QUE PACIENTE SEA EVALUADO POR GASTROENTEROLOGO Y REALIZACION DE ENDOSCOPIA DE VIAS DIGESTIVAS DE MANERA PRIORITARIA”* (fl.11A); atención del 28 de diciembre de 2016, con especialista en gastroenterología, en la IPS CEMES PEREIRA, donde se le ordenó al actor, la realización de una faringografía y esofagograma con cine o video (fl. 13); y, la historia clínica de la IPS Cartago, atención por medicina general, el 21 de febrero de 2017, donde se dejó constancia que el paciente presenta *“GRAN DETERIORO DE SU CALIDAD DE VIDA, HA TENIDO UNA PERDIDA PONDERA DE 4 KILOGRAMOS NO SE LE HA DEFINIDO CONDUCTA SOLICITO SU COLABORACION”* (fl.14).

Además, aportó el accionante, factura de venta No. 0913 del 21 de diciembre de 2016, por concepto biopsia, valor \$55.000 (fl. 7); factura de venta No. 1486 del 5 de julio de 2017, por \$300.000, correspondientes a endoscopia vías digestivas altas, bajo sedación, procedimiento practicado el 21 de diciembre de 2016, expedida por el Dr. Luis Javier Castañeda Chávez y Endo Digestivos IPS (fl. 8 y CD fl. 28A); factura de venta R003\_31569 del 12 de enero de 2017, de Radiólogos Asociados S.A.S., por la suma de \$200.090, correspondiente a una faringografía y esofagograma con cine o video (fl.9); y, factura de Venta No. GPP3264 del 13 de marzo de 2017, expedida por GAMANUCLEAR LTDA., junto con el recibo de caja 0428 del 10 de marzo de 2017, por la suma de \$280.000, por gamagrafia de reflujo (fls.5-6).

Igualmente, obra análisis, rendido en el curso del proceso, por la Profesional Especializada adscrito a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, en el cual se concluye que, se debe ordenar el reconocimiento económico reclamado por el demandante, ya que, CAFESALUD EPS S.A., no probó haber garantizado la atención médica prioritaria por gastroenterología, ni haberle dado respuesta formal a las solicitudes de autorización, no refiere nada del fallo de tutela y su incumplimiento; además que, todas las órdenes dadas al actor, se encontraban incluidas en el POS, por lo que la EPS, debió asumir su cobertura; lo que, dice el informe técnico, evidencia la falla en oportunidad, continuidad e integralidad de la atención que requería el actor, por parte de la EPS, y que, lo obligó a realizarse las tecnologías ordenadas por sus médicos tratantes como paciente particular (fl. 42).

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala, que, si bien es cierto, en el presente caso no se produjo una atención de urgencias, ni medio autorización de la EPS accionada, para la prestación de los servicios requeridos por el actor, en una IPS ajena a la Red de CAFESALUD EPS S.A.; lo cierto es que, sí se demostró, que, el accionante, requería con carácter prioritario, la práctica de la endoscopia de vías digestivas ordenada en una primera oportunidad por el médico general, en atención de urgencias, así como, de la faringografía y esofagograma con cine o video, ordenadas por el especialista en gastroenterología, exámenes determinantes para establecer el diagnóstico que lo afectaba; nótese como, en la cita médica del 21 de febrero de 2017, la médica general, dejó constancia de un gran deterioro en la calidad de vida del actor, y solicitó colaboración de la Entidad, para su atención; sin que se advierta en el plenario, prueba alguna por parte de CAFESALUD EPS S.A., que demuestre la prestación efectiva, real y oportuna de los servicios médicos requeridos, no sólo relacionados con las citas médicas, sino también con la práctica de todos los procedimientos e imágenes diagnósticas necesarios para garantizar su derecho a la salud; viéndose obligado a contratar los servicios de forma particular, por la urgente necesidad de definir la enfermedad que lo aqueja, y por la cual, no puede alimentarse, llegando a perder 4 kilogramos de peso.

En ese orden de ideas, es evidente que CAFESALUD EPS S.A., le ha negado al accionante, la atención requerida para definir el diagnóstico de la enfermedad que padece, colocado en riesgo su vida y salud, lo que impone confirmar la decisión de Primera Instancia, en ese sentido; aclarando a la accionada, que, el análisis, rendido en el curso del proceso, por la Profesional Especializada adscrito a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, no es una prueba, que requiera contradicción de las partes, sino que, se trata de un concepto, soporte de la decisión del a-quo, quien cuenta con un grupo interdisciplinario de profesionales, a efectos de hacer una verificación

técnica de cada caso; sin que se advierta irregularidad alguna, frente a la ausencia de traslado a la parte accionada.

Ahora, en lo que respecta a las facturas de venta, presentadas por el accionante, como soporte de su decisión, y que militan de folios 5-9, se tiene que las mismas cumplen con los requisitos establecidos en los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario, ya que, en ellas consta el número de factura de venta, fecha de expedición, descripción específica del artículo vendido, valor total del valor de cada servicio, así como también se puede apreciar que los mismos fueron suministrado al señor JHONNIER ALEXANDER VELASQUEZ, por lo tanto, no es cierto como lo aduce el impugnante, que éstas no cumplen con los requisitos formales para su recobro; además, aspectos formales respecto a la facturación de los servicios prestados al actor, de forma particular, no pueden acarrear la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni mucho menos exonerar a la Entidad, ante el cumplimiento de las obligaciones que le asisten como prestadora del servicio de salud.

Finalmente, frente a la solicitud de CAFESALUD EPS S.A., para que, el actor, concorra al proceso de liquidación de la entidad, teniendo en cuenta las normas antes citadas, y, comoquiera que, es decisión del acreedor, presentarse o no al proceso de liquidación, mal podría esta Instancia, imponerle dicha obligación, como lo pretende la demandada; además, la presente acción, se presentó el 28 de marzo de 2017, es decir, con anterioridad a la apertura de la liquidación de CAFESALUD EPS, en consecuencia, siendo la EPS, conocedora de la sentencia impugnada, bien puede tener en cuenta la obligación reconocida por el a-quo, como pasivo cierto no reclamado, sin imponerle a la parte actora, más cargas y desgaste administrativo.

Las anteriores consideraciones, conducen a la Sala, a confirmar la sentencia impugnada.

Sin costas en la Instancia.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 7 de julio de 2020 dentro del proceso sumario laboral promovido por **JHONNIER ALEXANDER VELÁSQUEZ** contra **CAFESALUD EPS S.A.**, por las razones expuestas.

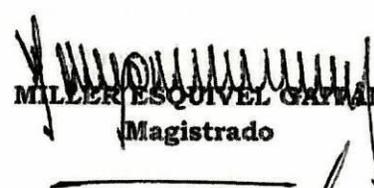
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

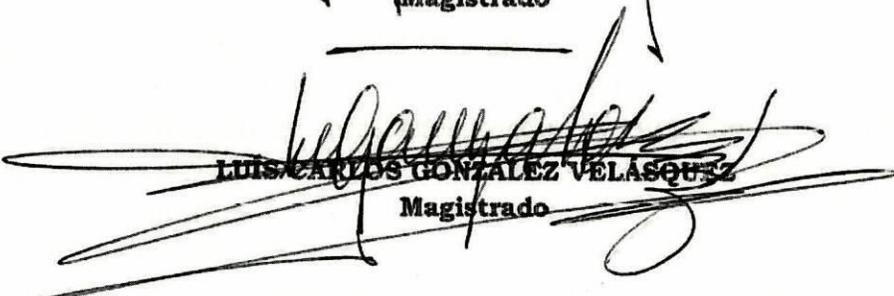
**TERCERO:** En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Los magistrados,

  
**JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

  
**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**  
Magistrado

  
**LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ**  
Magistrado



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

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado Ponente

**Proceso: 110012205000202101027-01**

**SUMARIO ADELANTADO POR YANNET PARRA CONTRERAS  
ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE SU HIJO ALAN  
STEVEN CONTRERAS PARRA CONTRA SALUD TOTAL EPS-S S.A.**

Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 4 de mayo de 2020, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **YANNET PARRA CONTRERAS** actuando en nombre y representación de su hijo **ALAN STEVEN CONTRERAS PARRA** contra **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**

**ANTECEDENTES**

YANNET PARRA CONTRERAS, actuando en nombre y representación de su hijo ALAN STEVEN CONTRERAS PARRA, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que SALUD TOTAL EPS-S S.A., le reembolse la suma de \$9.260.000, correspondientes a los gastos ocasionados por la atención de su hijo, en la Fundación Aprender a Vivir.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, su hijo Alan Steven Contreras Parra, se encuentra afiliado a SALUD TOTAL EPS-S S.A; que, es un paciente con conductas adictivas, por lo que requiere tratamiento constante; que, mediante sentencia de tutela del 26 de enero de 2017, proferida por el Juzgado 1 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, se ordenó a la accionada, autorizarle al joven Contreras Parra, *“el tratamiento PROCEDIMIENTO DX Y TTO PROGRAMA DE REHABILITACIÓN PARA ADICCIONES (MENSUAL) COD. 938501 conforme a las condiciones establecidas por el médico tratante, en una institución de su Red Prestadora, que cuente con iguales o mejores condiciones asistenciales a las ofrecidas por la FUNDACIÓN APRENDER A*

*VIVIR, sin embargo, en caso de no contar con una IPS que tenga las mismas características a la entidad particular referida, deberá autorizar y garantizar el tratamiento (...) en la FUNDACIÓN APRENDER A VIVIR”.*

Refiere que, en la parte considerativa del fallo de tutela, el Juez Constitucional, hizo precisión respecto a que, entra las condiciones asistenciales, que debía garantizársele al paciente, debía estar la posibilidad de tener un programa de educación descolarizada, con una recuperación integral, así como la continuidad en el tratamiento recibido en la Fundación Aprender a Vivir, donde se encontraba internado desde el 6 de agosto de 2016.

Indica que, durante el trámite de la tutela y meses posteriores, ante el incumplimiento de SALUD TOTAL EPS-S S.A., tuvo que hacerse cargo directamente del pago del tratamiento de su hijo, efectuando el pago a la Fundación Aprendiendo a Vivir, de las facturas No. 921, 932, 946, 996 y 1053, por \$4.200.000; además de una cuenta de cobro por \$5.060.000 que la Fundación, expidió por el no pago de las mensualidades, a cargo de la accionada. Que, el 9 de noviembre de 2017, solicitó a la EPS demandada, el reembolso de dichos gastos; no obstante, mediante comunicación del 15 de febrero de 2018, ésta se negó a cancelarlos, porque, se había vencido el término legal de 30 días para hacer la solicitud, citando como fundamento normativo de su decisión, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 y 10 del Decreto 047 de 2000.

Manifiesta que, para garantizar la prestación de los servicios de rehabilitación que requiere su hijo, presentó incidente de desacato ante el Juez de Tutela; que, la actora, es una persona de escasos recursos, se desempeña como auxiliar de servicios generales y hace un gran esfuerzo para darle el tratamiento requerido, adquiriendo deudas para atender las necesidades del joven, por lo que, solicita se acceda a su petición de reembolso (fls. 1-3).

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificada **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, argumentó en su defensa, que, conforme a lo establecido por el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, la solicitud de reembolso presentada por la actora, era extemporánea, pues, ante la prestación del servicio de salud en una IPS, no perteneciente a la red de prestadoras de servicios de la EPS del afiliado, la misma debió ser puesta en conocimiento de esa Entidad, dentro de los 15 días siguientes al alta médica, situación que no se predica en el caso objeto de litis; encontrándose esa accionada, imposibilitada para reconocer y cancelar procedimientos de carácter particular, sin el cumplimiento de los requisitos legales, pues, de lo contrario la EPS, incurriría en una indebida destinación de los recursos públicos de la salud. Citó el principio de la buena fe y pidió negar las pretensiones de la acción (fls. 46-48).

Adicionalmente, por auto del 25 de junio de 2018 (fl. 25), la Juez de Primera Instancia, requirió a la Fundación Aprender a Vivir, para que, certificara la atención prestada a Alan Steven Contreras Parras, así como, los pagos efectuados por SALUD TOTAL EPS-S S.A.; en cumplimiento de esto, dicha Fundación, mediante comunicación del 6 de agosto de 2018, informó que, el joven Contreras Parra, se encontraba realizando proceso de rehabilitación en esta Institución, por consumo de sustancias psicoactivas desde el 6 de agosto de 2016, y que, la EPS accionada, por medio de acción de tutela, cancelaba mensualmente, desde abril de 2017, la suma de \$2.500.000, por dicho tratamiento; también aclaró que, las autorizaciones correspondientes a los pagos de abril a julio de 2018, que la actora, manifiesta, no se habían generado, ya habían sido aprobadas (fls. 34-44).

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 4 de mayo de 2020, accedió al reembolso solicitado, ordenando a SALUD TOTAL EPS-S S.A., cancelar a la actora, la suma de \$3.800.000; considerando que, todas las entidades prestadoras de salud, sin importar el régimen al que pertenezcan, están obligados a brindar a sus afiliados, con trastornos derivados del consumo, abuso o adicción a sustancias psicoactivas lícitas o ilícitas, los servicios de salud incluidos o no en el POS, dirigidos a tratarlos, ya que, no lo hacerlo, en los términos ordenados por su médico tratante, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud, sumado a que, normalmente las personas no cuentan con los recursos económicos para costearlos.

Advierte el a-quo, que, se acreditó en el plenario, que, el joven Alan Steven Contreras Parra, es un paciente con conductas adictivas, a quien su médico tratante, le ordenó un tratamiento de rehabilitación para adicciones, mensual, con la posibilidad de tener un programa de educación descolarizada que le permita continuar con sus estudios; y que, esa fue la razón por la que fue internado en la Fundación Aprender a Vivir; que, si bien, SALUD TOTAL EPS-S S.A., le asignó al paciente la IPS San Rafael, según declaración juramentada de su psiquiatra tratante, presentada dentro de la acción de tutela que la actora instauró en contra de la EPS aquí accionada, allí no se prestaba el servicio de escolarización, como sí ocurre en la Fundación Aprender a Vivir, y teniendo en cuenta que dicho servicio también es requerido por el joven, esta Institución, no era apta para el tratamiento médico que debe seguir el paciente.

Precisa también la decisión de Primer Grado, que, no basta con que la EPS autorice los procedimientos ordenados por los médicos tratantes, sino que debe garantizar su realización oportuna por parte de un prestador de servicios de salud, que tome todas las medidas necesarias, para que, estos sean integrales, eficientes y oportunos; de ahí que, la negativa de SALUD TOTAL EPS-S S.A., en la cobertura de aseguramiento de la atención

ambulatoria para el tratamiento de Alan Steven Contreras Parra, podría afectar su estado de salud de manera considerable, obligándolo acceder a los servicios de manera particular, lo que si bien no constituye una urgencia, si implica una atención prioritaria al usuario, que justifica el reembolso de los dineros reclamados por la actora, pero, por la suma de \$3.800.000, conforme a las facturas de venta No. 1053, 921, 996 y 932, allegadas con la demanda; sin que el término consagrado por el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, pueda entenderse como prescriptivo de las obligaciones, para exonerar a las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud, de los deberes a su cargo (fls. 57-66).

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación SALUD TOTAL EPS-S S.A., interpuso recurso de apelación, insistiendo en que no resulta procedente el reembolso deprecado, pues, no cumple con los requisitos legales; además que, esa EPS, ha autorizado los servicios médicos requeridos por el paciente, encontrándose imposibilitada para asumir costos de servicios ordenados por médicos particulares y en Instituciones no adscritas a su red prestadora, máxime cuando son los familiares del paciente, quienes deciden no acudir a servicios particulares; también asegura, que, en el proceso no obra prueba alguna, que demuestre la tardanza en la prestación del servicio; y, por el contrario, si se encuentra probado que la accionante, presentó de forma extemporánea su petición de reembolso, haciéndolo fuera del término dispuesto en la Resolución 5261 de 1994 (fls. 77-79).

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

### **CONSIDERACIONES**

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999<sup>1</sup>.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso

---

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

presentado por la demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si resulta ajustada la decisión de la Juez de Primera Instancia, que ordenó el reembolso de los gastos reclamados por la accionante, o si por el contrario le asiste razón a la demandada, respecto a que éste es improcedente por no cumplir los requisitos legales, además de haberse presentado de manera extemporánea, para su cobro.

## **DEL REEMBOLSO DE GESTOS MÉDICOS**

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

*“Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:*

*(...)*

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

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

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

**“ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS.** *Las entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, Deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por el Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente.*

*Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tengas establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.”. (Negrilla fuera de texto)*

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

*“El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”. De igual modo, se dice que **la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio, dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.”. (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)***

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

Adicionalmente, y en relación, con los servicios de salud que se deben garantizar a las personas farmacodependientes, entre otras, en sentencia T-318 de 2015, indicó que:

*“El reconocimiento del carácter fundamental que tiene el derecho a la salud, adquiere una significación mayor tratándose de sujetos de especial protección, tales como los individuos que padecen farmacodependencia, ello, en virtud del estado de alteración psíquica a la que el consumo las somete. En ese sentido, esta Corporación ha indicado que: “la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado.” (T-814 de 2008).*

*Igualmente, esta Corte ha establecido que el farmacodependiente se enfrenta a un trastorno que, eventualmente, puede disminuir el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud, en la medida en que limita su capacidad de autodeterminación y pone en riesgo su integridad física y psíquica (T-566 de 2010).*

*Así pues, en relación con esa garantía constitucional, el artículo 49 Superior, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, impuso al Estado la obligación de dedicar especial atención al consumidor de sustancias psicoactivas y a su familia con el fin de fortalecerlos en principios y valores, con ello, pretende que se pueda prevenir el consumo en la comunidad. De igual manera, se obligó a tomar medidas rehabilitadoras para las personas que ya se hallaren en la adicción.*

*Posteriormente, a través de la Ley 1566 de 2012, el legislador reconoció el consumo, abuso, y adicción a las sustancias psicoactivas como un asunto de salud pública y bienestar de la familia, la comunidad y los individuos. De esta manera, sostuvo que toda persona que padeciera trastornos mentales o cualquier deficiencia en salud derivada del consumo, abuso o adicción, tendría derecho a que se le atendiera de forma integral por cualquiera de los órganos que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Asimismo, estableció que la Comisión Reguladora de Salud, incluiría en los planes de beneficios, los tratamientos o procedimiento relacionados con rehabilitación del consumidor de sustancias psicoactivas.*

*Así pues, bajo el entendido de que la farmacodependencia es un problema de salud pública, y en relación con lo establecido por el Acto Legislativo, esta Corporación ha reconocido que el adicto “debe ser atendido por el sistema de seguridad social en salud. Bien sea por el régimen subsidiado o el contributivo e inclusive por las entidades públicas o privadas que tienen contratos con el Estado para la atención de los vinculados al sistema en caso de que se demuestre la necesidad inminente del tratamiento y la incapacidad económica del afectado para cubrirlo”, pues “[e]s claro que dentro de nuestro Estado social de derecho existe este mandato de optimización a favor de las personas con estado de debilidad psíquica en virtud de su drogadicción crónica.” (T-864 de 2002).*

*Del mismo modo, en sentencia T-684 de 2002, esta Corte sostuvo que: “[E]n la medida en que se compruebe en una persona el estado de drogadicción crónica y la limitación que éste ha conllevado en su autodeterminación, es dable afirmar que en los términos del artículo antes reseñado [artículo 47 C.N] esta persona es beneficiaria de los*

*programas que el Estado –a través de sus sistema de seguridad social en salud- debe haber adelantado, así, el Estado hará lo posible y lo razonable, para su rehabilitación e integración”.*

*Respecto de la atención que debe prestársele al paciente farmacodependiente, la Ley 1566 de 2012, estableció que el servicio de salud se garantizaría a través de las diferentes IPS de baja, mediana y alta complejidad y en los centros de servicios de atención al consumidor.*

*En relación con el tratamiento que debe brindar el Estado al farmacodependiente, no hay criterios jurisprudenciales que determinen de qué forma deben llevarse a cabo dichos procedimientos, pues no es competencia del juez constitucional entrar a determinar las cualidades específicas para que una persona supere el estado de alteración al que la droga lo ha sometido. En consecuencia, esta Corte ha sostenido que “las investigaciones científicas revelan que estos [los tratamientos] son múltiples y varían según factores como el tipo de sustancia de la que se abusa, el tiempo de consumo y las características particulares de cada uno de los pacientes. Sobre esto último vale destacar que las personas que consumen sustancias psicoactivas no provienen del mismo nivel social y como consecuencia de su dependencia, pueden sufrir problemas mentales, laborales, físicos o sociales, que inciden en su comportamiento y que, por tanto, deben ser considerados al momento de tratar la enfermedad” (T-438 de 2009).*

*(...)*

*Por tanto, en general, lo que debe tenerse en cuenta respecto del tratamiento de rehabilitación es que (i) proteja al individuo frente a situaciones de debilidad e indefensión frente a la adicción, (ii) que evite la agravación de otras afecciones en la salud y (iii) que salvaguarde los derechos de los terceros que se vean afectados con el comportamiento del adicto (T-578 de 2013)...”*

## **DEL CASO EN CONCRETO**

Insiste la demandada, en su recurso, en que en el presente caso no se cumplen los requisitos legales para proceder al reembolso de los gastos médicos que reclama el accionante, pues, no se cumplen los requisitos legales, ni el cobro fue presentada dentro del término establecido en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994.

Al respecto, se allegaron al plenario como pruebas, fallo de tutela proferido el 26 de enero de 2017, por el Juzgado 1 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, en el que, se ordenó a SALUD TOTAL EPS-S S.A., autorizarle a Alan Steven Contreras Parra, hijo de actora, “*el tratamiento PROCEDIMIENTO DX Y TTO PROGRAMA DE REHABILITACIÓN PARA ADICCIONES (MENSUAL) COD. 938501 conforme a las condiciones establecidas por el médico tratante, en una institución de su Red Prestadora, que cuente con iguales o mejores condiciones asistenciales a las ofrecidas por la FUNDACIÓN APRENDER A VIVIR, sin embargo, en caso de no contar con una IPS que tenga las mismas características a la entidad particular referida, deberá autorizar y garantizar el tratamiento (...) en la FUNDACIÓN APRENDER A VIVIR”* (fls. 20-25); auto proferido por el mismo

Despacho Judicial, de fecha 21 de abril de 2017, donde se resolvió declarar en desacato a la EPS accionada, por no garantizarle al paciente, hijo de la actora, el proceso de escolarización como medio terapéutico para su recuperación, por cuanto la IPS ofertada por su red prestadora, no contaba con dicho servicio, además que, *“no hace parte de sus coberturas en salud, situación contraria a lo expuesto por el médico psiquiatra, quien considera que atendiendo la etapa de adolescencia por la que atraviesa el paciente, aquel servicio es terapéutico y debe ser tenido en cuenta, como parte del proceso integral de rehabilitación, por lo que se trata de exculpaciones que (...) ponen de presente el absoluto incumplimiento al fallo de tutela”*(fls.15-19).

También, se presentaron las facturas de venta 921 del 16 de septiembre de 2016, por la suma de \$1.300.000; 932 del 7 de octubre de 2016, por \$600.000; 996 del 4 de enero de 2017, de \$600.000 y la 1053 del 4 de abril de 2017, por \$1.300.000, emitidas por la Fundación Aprender a Vivir, a nombre de la accionante, por concepto de *“mensualidad tratamiento de recuperación por farmacodependencia en modalidad intramural para Alan Steven Contreras Parra”* (fls. 11-14); certificación y resumen de historia clínica de Alan Steven Contreras Parra, expedida por la misma Fundación (fls. 37-44); autorización de SALUD TOTAL EPS-S S.A., a la Fundación Aprender a Vivir, de fecha 27 de julio de 2018, para el programa de rehabilitación para adicciones, a favor del joven Contreras Parra (fl. 36); solicitud de reembolso presentada por la actora, ante la accionada, el 9 de noviembre de 2017 (fl. 7) y respuesta de la EPS, a dicha petición, negando la misma, *“debido a que se venció el término legal de acuerdo a lo estipulado en el (Art. 14, Resolución 5261/94 y Art. 10. Decreto 047/2000)”* (fls. 7-8).

Así mismo, se fundamentó la decisión del a-quo, en concepto técnico rendido en el curso del proceso, por un Profesional Especializada adscrito a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, en el que se evidenciaron, por parte de la EPS accionada, *“conductas de negativa injustificada y negligencia para garantizar su obligación legal de aseguramiento en salud (artículo 14 Ley 1122 de 2007) para con su usuario (...) por no garantizar la prestación de salud TRATAMIENTO INTEGRAL DE REHABILITACION que en el año 2016 le fue prescrito por su médico especialista tratante PSIQUIATRA por el diagnostico de ABUSO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS Y ALCOHOL, hecho que condujo a instaurar acción de tutela por la madre representante legal...”*

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala, que, si bien es cierto, en el presente caso no se produjo una atención de urgencias, ni medio autorización de la EPS accionada, para la prestación de los servicios requeridos por el hijo de la accionante, en una IPS ajena a la Red de SALUD TOTAL EPS-S S.A.; lo cierto es que, sí se demostró, que, el joven, requería con carácter prioritario, el tratamiento para el manejo de su rehabilitación, siguiendo todos los parámetros establecidos por su médico tratante especialista en psiquiatría; el cual era determinante para su adecuada

recuperación, como quedó establecido en el trámite del incidente de desacato al fallo de tutela interpuesto por la accionante, donde el mismo profesional de la medicina declaró al respecto; sin que se advierta en el plenario, prueba alguna que acredite que, con anterioridad al 27 de julio de 2018, SALUD TOTAL EPS-S S.A., haya autorizado o asumido los gastos del tratamiento del hijo de la actora; incumpliendo no solo una orden Constitucional, sino también obligando a la actora, a cancelar directamente las mensualidades correspondientes a la internación de Alan Steven Contreras Parra; por lo que, contrario a lo manifestó por la Entidad demandada, en el presente caso, si se cumplen los requisitos legales para que resulte procedente el reembolso deprecado por vía judicial.

En ese orden de ideas, es evidente que, como lo estableció la Juez de Primer Grado, SALUD TOTAL EPS-S S.A., negó la atención requerida por el joven Contreras Parra, sin justificación válida, pues, tampoco resulta de recibo para la Sala, el argumento relacionado con la extemporaneidad en la radicación de la solicitud de reembolso, ya que, claramente la norma citada, esto es, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, establece que *“La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente”*, sin que en el presente caso, exista prueba alguna, de la terminación del proceso de rehabilitación de Alan Steven Contreras Parra, de ahí que, mal puede imponérsele dicho límite temporal a la actora, para negarle la devolución de los gastos.

Las anteriores consideraciones, conducen a la Sala, a confirmar la sentencia impugnada.

Sin costas en la Instancia.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 4 de mayo de 2020 dentro del proceso sumario laboral promovido por **YANNET PARRA CONTRERAS** contra **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, por las razones expuestas.

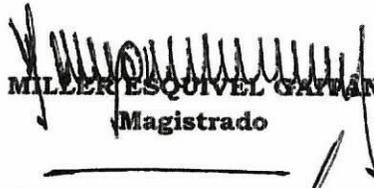
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

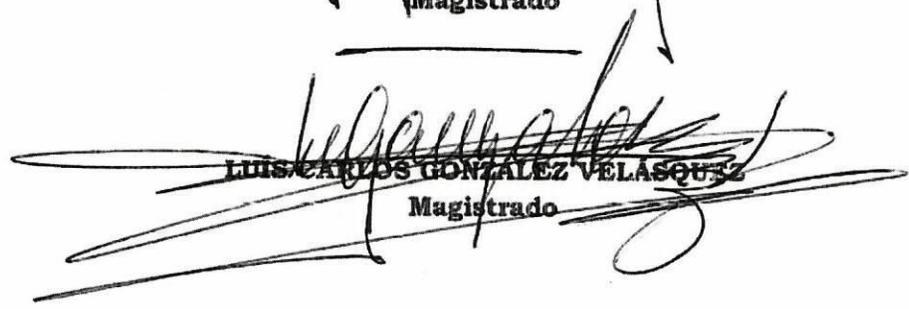
**TERCERO:** En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Los magistrados,

  
**JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

  
**MILLER ESQUIVEL GAVÁN**  
Magistrado

  
**LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ**  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105031202100036-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022), el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Fuero sindical – permiso para despedir- falta grave prueba de alcoholimetría.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2021 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso especial de fuero sindical – permiso para despedir promovido por CONSORCIO EXPRESS SAS en contra de FABIAN HERNANDEZ HERRÁN.

**ANTECEDENTES**

CONSORCIO EXPRESS SAS, promovió demanda especial de fuero sindical –permiso para despedir en contra de FABIÁN HERNÁNDEZ HERRÁN, para que previa declaratoria de su calidad de aforado ante su condición de vicepresidente de la Junta Directiva Nacional de “SINALTRANS COP”, incurrió en faltas graves que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, conforme lo previsto en los numerales 1, 5 y 7 del artículo 58 del CST, los numerales 2°, 4° y 6° del literal a) del artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965, norma que subrogó al artículo 62 del mismo estatuto, así como lo establecido en el Procedimiento para la Realización de Pruebas de Alcohol, Drogas y Control de Consumo del Cigarrillo PR-HSEQ-18, en la Política de Prevención en el Consumo de Sustancias Psicoactivas PT-HSEQ-06, los literales a), j) y k) de la cláusula novena de su contrato de trabajo, y los numerales 1, 7, 10 y 19 del artículo 43 y el literal d) del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa; y como consecuencia, se ordene el levantamiento del fuero

sindical; se conceda el permiso para despedir con justa causa; costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que, el demandado suscribió contrato de trabajo a término indefinido con el 18 de septiembre de 2014; desempeñó el cargo de operador de bus en entrenamiento; a partir del 16 de octubre de 2014 desempeñó el cargo de operador de bus zonal; el 14 de abril de 2018 fue nombrado como Secretario General de la Junta Directiva Nacional del sindicato; se obligó a conocer el manual de operador y a acatar en todo momento las instrucciones que le impartiera el Centro de Control de la Empresa; la cláusula novena del contrato de trabajo contempla como justa causa para terminar la relación laboral la violación de cualquiera de sus obligaciones y prohibiciones legales, contractuales o reglamentarias, así como el incumplimiento de los términos y disposiciones establecidos en el Reglamento Interno de Trabajo de la compañía; el Reglamento Interno de Trabajo establece como obligaciones especiales de los trabajadores: acatar y cumplir las órdenes e instrucciones impartidas por la Empresa o sus representantes, establece como obligaciones especiales de los trabajadores, observar las medidas higiénicas prescritas por la Compañía, autoridades del ramo y las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes de trabajo, establece que la violación por parte del trabajador de las obligaciones especiales consagradas en el contrato de trabajo o en reglamentaciones; constituyen falta grave que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, entre otras; desconocer la Política de Prevención en el Consumo de Sustancias Psicoactivas PT-HSEQ-06 que señala que la empresa se reserva el derecho a practicar pruebas de alcohol, siendo considerada la renuencia a realizarse dichas pruebas como una falta grave; mediante contrato 589 de 2020, Transmilenio S.A, en su condición de ente gestor del SITP, delegó en el Consorcio de Interventoría JM-02 2020, las labores de interventoría integral del SITP por lo que el día 5 de octubre de 2020, Ruth Jadivis García Patiño, Inspectora de Seguridad, realizó pruebas de alcoholimetría en el patio las Cruces ubicado en Bogotá D.C., no obstante, el trabajador se negó a practicarse la prueba de alcoholimetría requerida; en Transmilenio S.A. puede realizar pruebas de alcoholemia directa o indirectamente; la negativa injustificada a practicarse la prueba de alcoholimetría fue puesta en conocimiento mediante comunicado 2020-EE-13858 del 26 de octubre de 2020; el 29 de octubre de 2020 la compañía informó sobre la decisión de dejar inoperable su tarjeta de conducción con el fin de garantizar su derecho a la defensa y contradicción; a través de correo certificado y también por correo electrónico, se notificó al trabajador la comunicación 2020-EE-13858, esto es, el informe de la Inspectora de Seguridad y la comunicación CIJM-0110000645 del Gerente de Proyecto Consorcio Interventor JM 02-2020); el 31 de octubre de 2020 volvió a ejecutar sus funciones y ese mismo día fue notificado de la comunicación 2020-EE-13858, contentiva del traslado del informe de Interventoría sobre la Tarjeta de Conducción y práctica de prueba de alcoholimetría; mediante radicado CONS-3965-2020 del 4 de

noviembre de 2020 manifestó a Transmilenio S.A., que la compañía no aportaría elementos de defensa y contradicción frente a la eventual suspensión de la tarjeta de conducción dado que obedece a una facultad contractual que le asiste a Transmilenio S.A; el 9 de noviembre de 2020 apeló en contra de la decisión de Transmilenio S.A. de declarar inoperable su tarjeta de conducción; el 18 de noviembre de 2020, Transmilenio SA, informó que la tarjeta de conducción estaba en estado inoperable hasta tanto se resolviera de fondo la procedencia de la suspensión de la misma, conforme al Protocolo para la Aplicación de Pruebas de Alcoholimetría; el 19 de noviembre de 2020, Transmilenio S.A. respondió el escrito de apelación negando sus peticiones e informando la continuidad de la actuación con el fin de definir la suspensión de la tarjeta de conducción; el 2 de diciembre de 2020, Transmilenio S.A. determinó la suspensión de la tarjeta de conducción por el término de 24 meses; con comunicado CONS-4638-2020 del 10 de diciembre de 2020, manifestó a Transmilenio S.A. que no presentaría elementos de defensa o contradicción y tampoco se opondría a la decisión adoptada acerca de la suspensión de la tarjeta de conducción No. 154457; apeló la decisión de la suspensión de su tarjeta de conducción y solicitó el levantamiento de la medida, la revisión de su caso por un superior jerárquico y el reconocimiento de perjuicios y daños ocasionados por la decisión administrativa; el 9 de diciembre de 2020 dio apertura formal del proceso disciplinario citándolo a diligencia de descargos para el día 10 de diciembre de 2020 a la cual acudió acompañado de dos miembros de la organización sindical SINALTRASCOP demostrando en sus respuestas 11, 13, 14, 16 y 20 su intención de evitar toda clase de responsabilidad, desconociendo desde su contrato de trabajo hasta el Manual de Operaciones Componente Zonal y en Reglamento Interno de Trabajo; para Operar el SITP debe contar con la tarjeta de operación de conducción del sistema de transporte público expedida por el ente gestor Transmilenio S.A., el 16 de diciembre de 2020 se ratificó la terminación de su contrato de trabajo con justa causa previo levantamiento de fuero sindical, el 22 de diciembre de 2020, Transmilenio S.A. ratificó la suspensión de la Tarjeta de Conducción; mediante la comunicación 2021-EE-00087 del 04 de enero de 2021, Transmilenio S.A. da respuesta al escrito de apelación presentado y se pronunció frente a cada uno de los pedimentos reiterados.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Pese a estar debidamente notificado tanto el convocado a juicio como la organización sindical, se tuvo por no notificada la demanda por auto del 7 de abril de 2020; sin perjuicio de lo cual el Juzgado resolvió decretar, de oficio, las pruebas referidas por esa parte con posterioridad.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 4 de mayo de 2021, ordenó el levantamiento del fuero sindical de FABIAN HERNANDEZ HERRÁN, vicepresidente del Sindicato Nacional de Trabajadores de Transporte, Almacenamiento Complementario y Similares; concedió el permiso solicitado por el CONSORCIO EXPRESS S.A.S para despedir al demandado; y condenó al demandado al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de diez S.M.L.M.V.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación la apoderada del demandado interpuso recurso de apelación para que sea revocada y en su lugar se niegue la autorización del levantamiento del fuero y el permiso para despedirlo, toda vez que se realizó una indebida valoración probatoria pues no se tuvo en cuenta el testimonio del señor Kemper Ramírez cuando precisó que en el manual de operaciones, art. 4.1, se dice que el código es personal e intransferible y el numeral 11.3 menciona que cuando el trabajador incurre en una falta grave entra en recapacitación y en 10 días hábiles, si no hay pronunciamiento de una de las partes, el operador queda inhabilitado, habiendo probado que el 5 de octubre del año 2020 se le suspendió la tarjeta de operación pero transcurrieron 10 días en los cuales ninguna de las partes se pronunció, sino hasta el 25 de octubre del año 2020, quedando habilitada la tarjeta entonces; así mismo, se desconoció que Transmilenio no podía ejercer el poder subordinante pero en este caso hizo la prueba de alcoholemia y suspendió la tarjeta de operaciones; de otra parte, también debe considerarse que el señor Fabián es conductor y tiene contacto todo el tiempo con el público y no se negó a practicarse la prueba de alcoholimetría sino que por encontrarnos en pandemia lo que solicitaba era que se certificara si era personal idóneo el que la realizaba, ya que aun cuando Transmilenio adujo que estaba facultado eso no se probó en el proceso ni en los descargos, soportando la carga de la prueba (sentencia C-070 de 1993), es así como lo que él solicitaba era que se le mostrara el documento idóneo del Ministerio de Salud, la Secretaría de Salud, el Instituto de Medicina Legal, etc sobre la idoneidad de quién le realizaría la prueba de alcoholimetría y que fuera con una boquilla nueva, situación que en el video no se observa como tampoco que la persona tuviera los elementos de seguridad, además, los testigos BENJAMIN, JULIAN DAVID y KEMPER no se encontraban en el lugar de los hechos y desconocían el procedimiento de esa práctica, por lo que la empresa no pudo certificar sobre la idoneidad de la persona que iba a hacer la medición de la alcoholemia de manera indirecta a través de alcohosensores cuyo procedimiento está definido y debe hacerse por personas capacitadas (ley 1696 de 2013), siendo que la señora que pensaba adelantar la prueba no se encuentra certificada y aquí no basta

que Transmilenio diga que ellos sí tenían el procedimiento cuando no lograron probar cuál era. De otra parte, se tenía que tener en cuenta los criterios de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción impuesta sobre la suspensión del certificado de operatividad de la tarjeta ya que ni siquiera se demostró que el demandado estuviera alcoholizado o en estado de embriaguez por lo que no se puede partir de ese supuesto para la terminación del contrato y no se logra tener certeza del grado de culpabilidad (si actuó o no sin intención, la gravedad de su conducta, si por su naturaleza debe ser calificada entre leve, grave, gravísima), lo cual debió verificarse de acuerdo con las similitudes que existen dentro del derecho penal y el derecho disciplinario; esto es, si con su comportamiento tenía la intención de incumplir los deberes a él exigibles. De otro lado, respecto a la excepción de prescripción solicita que se considere lo dicho en la tutela de la CSJ Radicación 59276 M.P Dr. Gerardo Botero, ya que la falta aparentemente se cometió el 5 de octubre de 2020 y el consorcio tuvo conocimiento el 25 de octubre, por lo que no se debe tomar la fecha en la que culminó el proceso disciplinario. Y finalmente, en cuanto a la condena en costas, está probado que el trabajador se gana prácticamente un (1) SMLMV por lo que le sería imposible pagar unas costas judiciales de ese valor.

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

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El mismo se circunscribe a determinar si hay lugar al levantamiento del fuero sindical del que goza el demandado, y por consiguiente, si debe o no autorizarse a la demandante CONSORCIO ESPRESS SAS para dar por finalizado el contrato de trabajo celebrado, con especial énfasis en la causal aducida por la empleadora y la valoración probatoria, así como determinar si la acción estaba prescrita y si hay lugar al pago de las costas; todo ello en virtud del principio de consonancia contemplado en el artículo 66A del CPTSS.

### **DE LA EXISTENCIA DEL SINDICATO Y LA CALIDAD DE AFORADO DEL DEMANDADO**

No es objeto de discusión en la alzada la existencia de la organización sindical “SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO, COMPLEMENTARIOS Y SIMILARES “SINALTRANSCOP”” como tampoco la calidad de aforado del demandado,

por ocupar el cargo de Vicepresidente de la Junta Directiva Nacional y, como consecuencia, goza actualmente de la garantía de fuero sindical.

### **DE LA GARANTÍA DE FUERO SINDICAL**

El fuero sindical es una garantía de rango constitucional que cobija a los trabajadores y a los empleados públicos que hagan parte de las directivas de los sindicatos, que sean sus miembros adherentes o fundadores de organizaciones sindicales, para permitirles cumplir libremente sus funciones en defensa de los intereses de la asociación, sin que por esto sean perseguidos o sean sujetos de represalias por parte de los empleadores. En virtud del fuero sindical, los empleadores que quieran despedir empleados aforados, deberán invocar una justa causa previamente calificada por el juez laboral. Incluso en los procesos de reestructuración, será necesario solicitar dicha autorización previa.

Para los casos de despido, la protección no es absoluta, sino que esta depende de que se configure una justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo, pero, se reitera, esta debe ser previamente calificada en vía judicial.

### **DE LA JUSTA CAUSA PARA LA TERMINACIÓN DEL VÍNCULO CONTRACTUAL Y EL CONSIGUIENTE LEVANTAMIENTO DE LA GARANTÍA DE FUERO SINDICAL**

En nuestra legislación, la acción de levantamiento de fuero sindical es el mecanismo dado al empleador, para que en el evento en que el trabajador aforado incurra en una conducta calificada como justa causa de despido, pueda acudir al Juez de trabajo para obtener el citado levantamiento, y la autorización para ejecutar la medida. Así, su objetivo es verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y el análisis de su legalidad o ilegalidad.

Según el artículo 410 del C.S.T., son justas causas para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por fuero sindical, 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.

A su vez, el artículo 62 estableció las causales de terminación del contrato de trabajo, entre las cuales, para el caso que nos ocupa, se destaca:

*“6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones*



En resumen, la conducta atribuida como falta grave consistió en haberse negado a la práctica del examen de alcoholimetría cuando la misma fue llevada a cabo por el ente Gestor de Transmilenio S.A., situación fáctica que ubicó la empresa dentro de las causas calificadas como grave que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, conforme lo previsto en los numerales 1, 5 y 7 del artículo 58 del CST, los numerales 2°, 4° y 6° del literal a) del artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965, norma que subrogó al artículo 62 del mismo estatuto; así como lo establecido en el Procedimiento para la Realización de Pruebas de Alcohol, Drogas y Control de Consumo del Cigarrillo PR-HSEQ-18, en la Política de Prevención en el Consumo de Sustancias Psicoactivas PT-HSEQ-06, los literales a), j) y k) de la cláusula novena de su contrato de trabajo, y los numerales 1, 7, 10 y 19 del artículo 43 y el literal d) del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa.

En tal sentido, como quiera que la pasiva no negó la realización de la aludida conducta, sino que dirigió su defensa a justificar la misma, esto es, a exponer las razones por las que no se practicó la prueba de alcoholimetría, entre ellas, que no se le brindaron las garantías necesarias como idoneidad de la persona que la practicaría así como del procedimiento, lo cual era requerido en atención de la emergencia sanitaria de la pandemia, en la medida que reprocha la valoración probatoria efectuada por la falladora de primera instancia al respecto, es por lo que se remite la Sala, en primer lugar, al ordenamiento que se ocupa de dicha situación obrante en el informativo.

#### ***De la Política de Prevención en el Consumo de Sustancias Psicoactivas PT-HSEQ-06***

Consortio Express SAS, se reserva el derecho de realizar pruebas de alcohol y efectos de drogas sin previo aviso a los colaboradores, contratistas, proveedores o trabajadores de otras empresas operadoras que se encuentren en el sitio de desarrollo de las actividades laborales. Cualquier incumplimiento de esta política así como la renuncia a la realización de las pruebas de alcohol y efectos de drogas, se considera una falta grave, y en consecuencia, la empresa puede adoptar las medidas disciplinarias correspondientes.

La presente política vincula de manera integral el manual de prevención de consumo de sustancias psicoactivas ver ML HSEQ 04 y el procedimiento para la realización de pruebas de alcohol, drogas y control de consumo de cigarrillo ver PR HSEQ 18. Documentos que pueden ser consultados en la página web de la compañía.”

#### ***De la Realización de Pruebas de Alcohol, Drogas y Control del Consumo del Cigarrillo PR-HSEQ-18***

“2. ALCANCE: Aplica a todos los trabajadores de Consortio Express, contratistas, proveedores o trabajadores de otras empresas operadoras (...)

#### **4. DOCUMENTOS DE REFERENCIA**

- *ML-HSEQ-07 Manual de Prevención y control del consumo de sustancias Psicoactivas*
- *Instructiva utilización del test de prueba Multi Test Drug, para 5 sustancias*
- *Manual de operaciones componente zonal 2014*
- *Contrato de trabajo Consorcio Express SAS, Cláusula 9, Justa causa de terminación de contrato*
- *Reglamento interno de trabajo Consorcio Express SAS, Artículo 45.*

#### **5. DESCRIPCION DEL PROCESO**

5.1. *Indicación para la realización de pruebas de alcohol u otras sustancias Psicoactivas*

*Aleatoriamente: Como método de control, seguimiento y prevención del consumo de sustancias en los diferentes turnos y en los lugares donde se ejecuten labores de Consorcio Express*

*“TRANSMILENIO S.A. a través de personal de planta, de contratistas de apoyo a la gestión del control operacional y/o la seguridad, o la interventoría podrá adelantar controles de este tipo al personal que se encuentre vinculado a través de cualquier agente del Sistema en actividades operacionales o de apoyo. Estas pruebas se adelantarán conforme las disposiciones legales en la materia, mediante métodos y medios previamente certificados para tal fin”.*

#### **Del Reglamento Interno de Trabajo**

*“ARTICULO 43. Son obligaciones especiales del trabajador: 10. Cumplir con lo establecido en los contratos de trabajo y en las políticas impartidas por la empresa.*

*ARTÍCULO 48. **Constituyen faltas graves:** (...)d) Violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias.*

#### **Del contrato de trabajo:**

*“NOVENA.- Son justas causas para poner término a este contrato, unilateralmente, las enumeradas en el Artículo 7 del Decreto 2351/65, y además las siguientes faltas que para el efecto se califican como graves: a) (La violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones y prohibiciones legales, contractuales o reglamentarias; j) El incumplimiento de los términos y disposiciones establecidos en el Reglamento Interno de Trabajo; k) El incumplimiento, contraversión o desacato por parte del Operador de las instrucciones, requisitos, recomendaciones y obligaciones que establezca Transmilenio (...)*

#### **Del CST**

“Artículo 62. Terminación del contrato por justa causa. Son justas causas para dar por terminación unilateralmente el contrato de trabajo:

A) Por parte del Empleador:

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.” (Subrayado propio de la Sala fuera del texto original)

Ordenamiento en cita del que fácil es colegir que la empresa demandante contaba con una política de prevención en el consumo de sustancias psicoactivas PT-HSEQ-06, así como con un procedimiento particular orientado a la toma de pruebas de alcohol, drogas y el control de consumo de cigarrillo, del cual eran destinatarios no sólo los trabajadores de dicho Consorcio sino también los contratistas, los proveedores e incluso trabajadores de otras empresas operadoras, contando con el derecho de realizar pruebas de alcohol sin previo aviso, y calificando como una falta grave la renuencia a la realización de las pruebas de alcohol y efectos de drogas, de donde se sigue que al estar calificada como grave la conducta omisiva en la que incurrió el trabajador demandado, no le es dable al Juez hacer cuestionamientos en cuanto al nivel de gravedad de la misma, ya que de ello se ocuparon las partes, lo que de suyo le permitía dar fin al vínculo con justa causa.

Al tema, la máxima Corporación del Trabajo, expresó en sentencia del 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, que: “Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal”.

Si bien las anteriores consideraciones se muestran suficientes para concluir que la causal invocada por la demandante para el despido del demandado no merece mayor análisis demostrativo, no sobra precisar en cuanto a los reparos de idoneidad y procedimiento en la práctica de la prueba de alcoholimetría en los que fincó su omisión el trabajador FABIAN HERNANDEZ HERRÁN, que contrario a lo por él sostenido, ninguna carga probatoria soportaba la empleadora o Transmilenio encaminada a tal fin,

por la potísima razón que la ley no tiene prohibido que el empleador realice este tipo de pruebas, ya que entiende la necesidad de su práctica en procura de evitar accidentes tratándose de casos en los que es presupuesto que el trabajador, con ocasión de la actividad que desempeña, se encuentre en óptimas condiciones, como aquí acontece, sin necesidad, por tanto, de contar con autorización de entidad especializada para su realización (medicina legal u otros), tal y como así lo ha expuesto la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras en la sentencia SL8002-2014, rad. No. 38381 M.P Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, cuando en lo pertinente puntualizó:

***“1.2. Validez y condiciones legales de las pruebas del estado de embriaguez.***

*En primer lugar, el censor arguye que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses es la única entidad autorizada para determinar el estado de embriaguez de una persona, de lo que se sigue que una empresa no está autorizada para realizar ese tipo de controles respecto de sus trabajadores.*

*Frente a tal argumento, la Corte debe señalar que, en lo que concierne al ámbito de las relaciones laborales, como lo dedujo el Tribunal, no existe alguna norma que determine que las pruebas de alcoholemia sean de la potestad exclusiva del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Aunado a ello, si, como se señaló con anterioridad, en determinados sectores de la producción y en ciertas empresas, el hecho de presentarse al trabajo en estado de embriaguez puede tener mayores niveles de gravedad, por el alto riesgo que entraña para la seguridad de las personas y de los bienes de la empresa, resulta apenas legítimo que el empleador pueda mantener dispositivos que le permitan auscultar dicha situación, dentro de una política válida de prevención y control de la accidentalidad.*

*Esa conclusión deviene evidente en los casos de operarios, pilotos, cirujanos, conductores de vehículos, entre otros, pues es claro que una alteración de sus condiciones físicas e intelectivas normales, no solo pone en riesgo su propia integridad, por la cual debe velar la empresa, sino la de la empresa y la de la comunidad misma.*

*En la misma dirección, si en función del entorno laboral que se tiene, el hecho de presentarse al trabajo en estado de embriaguez está calificado como una infracción grave, bien sea en el contrato de trabajo, el reglamento interno o la convención colectiva, debe presumirse que el trabajador tiene plena conciencia de dicha situación y, por lo mismo, debe asumir el uso de los dispositivos para medir el grado de embriaguez ética como una carga legítima, no invasiva de sus derechos fundamentales, previamente concebida y que tiene fines adecuados y razonables, como la seguridad de todos los trabajadores y la prevención de la accidentalidad.*

*En el anterior orden de ideas, en este caso, ante el hecho conocido de que la demandada concebía el estado de embriaguez en el trabajo como una falta grave, dentro de su Reglamento Interno de Trabajo, en*

*función de sus actividades y del entorno laboral, el uso de dispositivos como el alcoholosensor resultaba admisible y el trabajador debía soportarlo como una carga válida.*

### **1.3. Prueba concreta del estado de embriaguez.**

*(...)*

*En efecto, como ya se había dicho, los dispositivos técnicos útiles para determinar el estado de embriaguez etílica de un trabajador, además de que constituyen un instrumento legítimo del empleador en la tarea de preservar la seguridad industrial y afrontar situaciones de riesgo, al mismo tiempo representan uno de los recursos fundamentales con los que cuenta el trabajador para ejercer su derecho de defensa y controvertir las imputaciones que le pueden ser elevadas, sin algún tipo de soporte técnico. En esa misma medida, no resulta sensato que un trabajador se niegue a realizarse una prueba, que puede redundar en su propio beneficio, si no ha consumido algún tipo de sustancia que enerve sus capacidades, durante su jornada de trabajo. Dentro de dicho panorama, la oposición infundada a la realización de un examen puede ser leída como una expresión del temor al descubrimiento de la falta y de torpedeamiento de las pesquisas, ante el hecho cierto de que se ha incurrido en ella, por lo que bien puede ser un indicio del estado de embriaguez.*

*Ahora bien, la Corte no desconoce que existen razones fundadas para que el trabajador se niegue a someterse a cierto tipo de procedimientos, como sucede cuando, por ejemplo, no existen las suficientes garantías para determinar con plena fiabilidad su estado, pues los dispositivos técnicos no cuentan con las condiciones óptimas de funcionamiento o no han sido llevadas a mantenimiento. Sin embargo, esas circunstancias impeditivas deben ser puestas de presente en el momento de la realización de la prueba, además de contar con algún soporte, de forma tal que quede clara la razón de la oposición del trabajador, pues de lo contrario, las trabas infundadas pueden constituir un indicio razonable del estado de beodez.*

*(...)"*

Entonces, dado que aquí no se controvierte si el trabajador presentaba o no un estado de embriaguez, sino que la omisión a la práctica de la prueba estaba consagrada como una obligación cuyo desconocimiento constituye falta grave, no cabe duda que la prueba testimonial que aduce como mal apreciada frente a las razones por él invocadas para el momento de la ocurrencia de los hechos (5 de octubre de 2019), no lo es, toda vez que lo por él aducido se limitó a la competencia e idoneidad de la persona que practicaba la prueba, hecho del cual no pudo dar cuenta el señor KEMPER RAMÍREZ como quiera que ni siquiera estuvo presente ese día como para corroborar su dicho, lo cual también se predica de los testigos BENJAMÍN ARÉVALO MURCIA, quien ese día se encontraba trabajando y no presencié lo que pasó, enterándose por lo que le comentaron que el demandado se negó a presentar la prueba porque supuestamente la señora no cumplía con los requisitos para hacerla, y JULIÁN DAVID CARDONA GRANADA tuvo conocimiento de la negativa y del proceso disciplinario, pero tampoco

presencio lo sucedido, sin que sean atendibles ahora las otras justificaciones relacionadas con boquillas o procedimientos.

Ahora bien, tampoco se observa dislate alguno en la no declaratoria de la prescripción de la acción por parte de la A quo, habida cuenta que al no haberse propuesto por la pasiva (pues se tuvo por no contestada la demanda) la falladora de primera instancia estaba relevada de su estudio al tratarse de una excepción que no puede declararse de oficio conforme lo prevé el artículo 282 del CGP aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPTSS.

### **DE LA CONDENA EN COSTAS**

Últimamente, la parte demandada se muestra en desacuerdo con la condena en costas a ella impuesta bajo el argumento de la imposibilidad de su pago, el cual fijó la A quo en la suma de diez (10) SMLMV.

Sobre el particular debe indicarse que se mantendrá la condena a cargo del demandado considerando que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del CGP “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.*”, situación que es la que aquí se observa, no siendo eximente de tal pago la posibilidad económica de la parte a quien le fue impuesta por tratarse de una responsabilidad objetiva más no subjetiva, lo que no es óbice para que en la oportunidad legal, cual es en la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho, pueda plantear esa u otras circunstancias (Art 366-5 del CGP).

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente ante el resultado desfavorable de su recurso. La condena en costas a cargo del demandado en primera instancia se confirma, no así su monto.

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

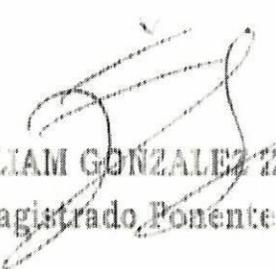
### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida proferida el 4 de mayo de 2021 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso especial de fuero sindical – permiso para despedir promovido por CONSORCIO EXPRESS SAS en contra de FABIAN HERNANDEZ HERRÁN, pero conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia al demandado, incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$800.000. Se confirman las de primera instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

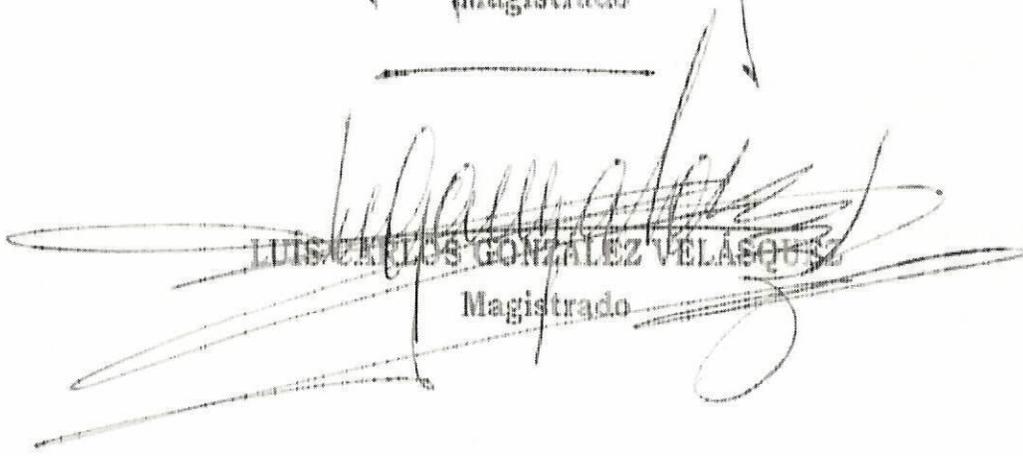
Los magistrados,



JOSE WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYRÁN  
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado