



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO SUMARIO
RADICACIÓN: 11001 22 05 **000 2022 00787 01**
NURC 1 - 2020 – 82305328582
EXP. SUPERSALUD N.º J 2020 – 1558
DEMANDANTE: FERNANDO OCAMPO MUÑOZ
DEMANDADO: COSMITET LTDA.
VINCULADOS: FIDUCIARIA LA PREVISORA SA Y MINISTERIO DE
EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada COSMITET LTDA., contra la providencia proferida el 3 de febrero de 2022, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud.

I. ANTECEDENTES

Pretendió el accionante, que se ordene a Cosmitet Ltda., a reembolsar la suma de \$13.500.000,00, cancelada por concepto del “*PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO DE PRÓTESIS TOTAL DE CADERA, MÁS INJERTO ÓSEO EN ACETÁBULO*”.

Como fundamento fáctico relevante de su pretensión, manifestó que desde el año 2013, debido a que presentaba dolores fuertes en la cadera izquierda, visitó el Centro de Especialistas de Risaralda, donde fue

diagnosticado mediante examen de valoración con “*OSTEOARTRITIS SEVERA DE CADERA IZQUIERDA*”, por parte del ortopedista. Dijo, que el 24 de julio de 2015, el Dr. Armando Franco Linares, médico radiólogo, en estudio de pelvis le señaló que presentaba signos de artrosis avanzada con anquilosis en la cadera izquierda. Narró que el 14 de agosto de 2015, le ordenaron tomografía computada de pelvis simple, que reveló severos cambios de coxartrosis izquierda, cambios de artrosis interfacetaria y discopatía degenerativa L5-S1.

Aseguró que el 7 de diciembre de 2017, el médico ortopedista y traumatólogo, adscrito a la entidad accionada, recomendó reemplazo de cadera, sin embargo, la orden no fue tomada en cuenta por Cosmitet Ltda. Dijo que instauró acción de tutela contra la encartada, y que en fallo emitido el 14 de julio de 2016, se ordenó que en el término de 48 horas, debía llevarse a cabo el procedimiento quirúrgico de reemplazo de cadera, con aplicación de aloinjerto estructural óseo y tratamiento integral post operatorio; así mismo, se dispuso el tratamiento integral sin ningún tipo de dilación, sin embargo, dicha orden no fue cumplida por la demandada.

Adujo que debido a que la empresa de salud concedía las citas con especialistas en 5 días hábiles y para las cirugías de alta complejidad en 15 días hábiles, presentó incidente de desacato, no obstante, en diversas oportunidades fue cambiado de especialista y atendido por diversos ortopedistas en un período de seis años, quienes le enviaron diferentes exámenes y algunos ordenaron la práctica del procedimiento quirúrgico.

Señaló que el 6 de diciembre de 2019, radicó petición ante la entidad accionada, solicitando que se autorizara la cirugía con ortopedista particular, y que se reembolsara solo la tarifa que la entidad tenía autorizada para ese tipo de procedimientos, sin embargo, su pedimento fue respondido negativamente el 9 de enero de 2020. Agregó que el 21 de enero de 2020, dirigió nuevamente oficio a Cosmitet Ltda. para informar, que debió acudir a un especialista particular a fin de que se llevara a cabo el procedimiento médico requerido, pero no obtuvo respuesta alguna.

Reseñó que el 7 de enero de 2020, solicitó el reembolso de la cirugía varices que era necesaria para llevar a cabo el procedimiento de la cadera y evitar una embolia, por cuanto la pasiva también se negó a llevarla a cabo al haber retrasado las citas.

Aseguró que solamente hasta el mes de diciembre de 2019, se autorizó cita con el ortopedista Padilla, quien le indicó los riesgos de la cirugía y que a causa del tiempo transcurrido era mejor que pensara si se la practicaban o no. Dijo que el 27 de enero siguiente, asistió a la cita programada con el mencionado especialista, y le informó que se realizaría la cirugía al día siguiente en el Instituto Médico Integrado de la ciudad de Manizales, en el que finalmente se llevó a cabo el 28 de enero de 2020. Finalmente, refirió que el 7 de febrero de 2020, presentó solicitud de reembolso.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 10 de febrero de 2021, ordenándose correr traslado, notificar a la demandada y vincular a Fiduciaria la Previsora S.A. y Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (f.º 92).

Fiduprevisora S.A., se opuso a las pretensiones con fundamento en que no puede ser condenada en el presente caso, ni en posición propia, ni como administradora del PA FOMAG, puesto que no es la entidad facultada por la Ley para prestar servicios de salud, toda vez que la función está reservada a las entidades promotoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, las empresas sociales del estado y demás entidades que conforman la organización del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, en conclusión no está dentro de sus funciones.

A su vez, en cuanto al caso en concreto expuso que consultado el aplicativo HOSVITAL dispuesto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encontró que el señor Fernando Ocampo Muñoz, se encuentra activo como cotizante en el régimen de excepción de asistencia en salud, con Cosmitet Ltda, por lo que es esa entidad la encargada de garantizar y prestar la atención médica al ciudadano, de conformidad con el contrato suscrito. Añadió, que los afiliados cuentan con un manual de usuario, el cual es público y puede ser consultado en la página web del FOMAG; y dijo que de conformidad con dicho instrumento, en el caso en el cual un docente se encuentre en una situación de urgencia y sea atendido por una IPS que no se encuentra dentro de la red de la Unión Temporal a la cual se encuentra afiliado, la IPS que atendió al docente debe realizar el recobro a la Unión Temporal.

Propuso como excepción de fondo la de falta de legitimación en la causa por pasiva. (CD f.º 98).

Cosmitet Ltda., se opuso a las pretensiones con fundamento en que el hecho de que el demandante desde 2013 haya acudido a valoración por médico particular denotar su intención de renunciar a la red de servicios de esa EPS, y añadió que, en todo caso, al mismo se le brindó en todo momento la atención requerida y se hicieron las valoraciones necesarias. Argumentó que aunque al demandante se le brindó valoración por parte del Dr. Steer, posterior a ello se presentaron otras circunstancias que determinaban que no era procedente la cirugía e incluso en valoración del 8 de septiembre de 2019, se decide entre médico y paciente, esperar para tratamiento quirúrgico por mejoría en medicamentos, lo cual quedó plasmado en la historia clínica. Sostuvo, que a pesar de que por fallo de tutela se ordenó el procedimiento quirúrgico, lo cierto es que posterior a ello se presentaron otras circunstancias que no permitían que se hiciera la cirugía, y además era necesaria la valoración de un nivel superior a la que se remitió al demandante, pero aquel se negaba, faltando a su deber de autocuidado. Aludió que el médico tratante emitió recomendaciones del especialista poniendo en conocimiento los riesgos de la cirugía y lo programó en consulta de diciembre de 2019 para cita de control y definición de cirugía en enero de 2020, no obstante, el actor en valoración del 27 de enero de 2020, informó que decidió hacerse el procedimiento de manera particular. Por último, indicó que no es posible hacer un reembolso de un procedimiento que el usuario decide hacerse por mutuo propio de manera particular y sin sujetarse a los protocolos, atenciones y procedimientos de Cosmitet.

Propuso como excepciones de fondo las de carencia de derecho para demandar, cobro de lo no debido, mala fe del demandante, buena fe en el accionar del demandado y culpa exclusiva del demandante (CD f.º 98).

La Nación – Ministerio de Educación Nacional, manifestó que no tiene la competencia respecto de la prestación de servicios de salud, en tanto dicha función no se encuentra determinada dentro del Decreto 5012 de 2009. Adicional a lo anterior, expuso que la prestación de servicios de salud está reservada a entidades promotoras de servicios de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, las empresas sociales del estado y demás

entidades que conforman la organización del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, dentro del marco de la Ley 100 de 1993, que cuenten con la habilitación expedida por la Secretaría de Salud del Departamento.

Dijo que la relación entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y esa entidad, se ciñe a la delegación establecida por la Ley 91 de 1989 para realizar la contratación del fideicomiso para la administración del Fondo, y por ello, es Fiduprevisora S.A. la encargada del cumplimiento de los objetivos planteados en el artículo 5º, y en ese sentido, de realizar los trámites de contratación con las entidades prestadoras del servicio de salud por instrucciones del Consejo Directivo del Fondo, que suscribe la contratación de la prestación de los servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país, conformadas por varias entidades territoriales, para que le sean prestados dichos servicios a los educadores afiliados.

Propuso como excepción de fondo la de falta de legitimación en la causa por pasiva (CD f.º 98).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en sentencia del 3 de febrero de 2022, accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó a Cosmitet Ltda. Reembolsar a favor del demandante, la suma de \$13.500.002, dentro de las 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia; y finalmente. Y ordenó al representante legal de Fiduciaria La Previsora S.A., como entidad vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a cuyo cargo están las prestaciones sociales y servicios médicos asistenciales de los docentes y sus beneficiarios, que en caso de que Cosmitet Ltda., no realice el pago a favor del demandante, proceda a descontar dicha suma del contrato suscrito con Cosmitet Ltda., efectuando el reconocimiento y pago a favor del actor.

Consideró que con las probanzas recaudadas, resultaba evidente que Cosmitet Ltda. tenía conocimiento del cuadro clínico del paciente, pues fue diagnosticado por los médicos adscritos a su red de prestadores desde el año 2015, con osteoartrosis severa en cadera izquierda, por lo cual le fue ordenado

el procedimiento quirúrgico de reemplazo total de cadera izquierda más injerto óseo en acetábulo, el 7 de diciembre de esa anualidad.

A lo anterior agregó, que el demandante formuló acción de tutela, en la que se ordenó a la pasiva que procediera a la materialización del procedimiento, y posteriormente presentó incidente de desacato, no obstante, no se verificó su cumplimiento; y que además, se demostraba que el paciente había tenido nueve atenciones efectuadas por ortopedistas de la red de Cosmitet Ltda. Situaciones que denotaban que la activa había acudido a la IPS, para que resolviera su situación médica, pero ello no fue posible, con el correlativo deterioro de su estado de salud, tanto así, que en atención del 8 de noviembre de 2019, se reseñó que el convocante presentaba dolor en cadera izquierda intensificado desde hace 4 años.

Dijo que en este caso, la pasiva no le brindó al demandante la atención requerida para la patología diagnosticada varios años atrás, toda vez que hizo caso omiso a la tutela del año 2015, a la solicitud de autorización del procedimiento realizada por el ortopedista en ese mismo año y a las condiciones del paciente que se evidenciaban en su deterioro clínico cada vez mayor, sumado a que conocía el cuadro clínico porque el paciente había puesto en conocimiento la realización de la cirugía al solicitar a la IPS que pagara el valor que reconoce normalmente para ese tipo de procedimientos.

En cuanto al argumento de la encartada, relativo a que se consideró remitir al paciente a IV nivel de cirugía, por falta de cadena de frío para conservar tejidos de injerto en la ciudad de Manizales, estimó que no era atendible ya que el procedimiento se hizo en esa ciudad e incluyó injerto óseo.

Finalmente, coligió que pese a que la condición del actor no constituía una urgencia médica, también lo es que si requería atención prioritaria, ya que el médico tratante dejó consignado en la historia clínica que el dolor se había intensificado, y que de acuerdo con la valoración del profesional de la medicina adscrito a esa Delegada, no se consideró que la indicación para la prótesis de cadera fuera una coxartrosis, no teniendo en cuenta el daño en la articulación, la edad, el dolor, la capacidad funcional, el estado de las condiciones generales del paciente y sus expectativas luego del reemplazo total de su cadera (f.º 104 a 123).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Cosmitet Ltda., interpuso recurso de apelación contra la providencia y señaló que no se tuvo en cuenta, que luego de que se profirió el fallo de tutela que ordenó la materialización del procedimiento quirúrgico recobrado al conocer los destalles de salud del paciente se determinó que no era conveniente realizar para ese momento el procedimiento y así se consignó en la historia clínica, y fue precisamente este soporte con el que para el momento iniciar incidente de desacato en trámite de tutela, el juez de conocimiento ordenó archivarlo y no darle trámite, aspecto relevante que aseguró, desconoció abiertamente la primera instancia. Por último, reiteró los mismos argumentos que fueron expuestos en el escrito de contradicción (CD f.º 98).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el parágrafo 1.º del art 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el 6.º de la Ley 1949 de 2019, y num. 1.º del art. 30 del Decreto 2462 de 2013, corresponde a la Sala verificar si Cosmitet Ltda. debe ser exonerada del reembolso por gastos médicos por \$13.500.002, en los que incurrió el solicitante, con ocasión del *“PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO DE PRÓTESIS TOTAL DE CADERA, MÁS INJERTO ÓSEO EN ACETÁBULO”*.

Para resolver es preciso recordar, que el Estado estructuró un régimen especial para los Docentes que prestan sus servicios en instituciones educativas estatales, excepcional a la Ley 100 de 1993, con el cual busca una cobertura superior a la descrita en el Sistema General de Seguridad Social integral, por lo que con la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fomag, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística y sin personería jurídica; y se dispuso que sus recursos son administrados por la Fiduprevisora SA en virtud de la suscripción de un contrato de fiducia mercantil celebrado con el Gobierno Nacional, la cual está encargada de contratar los servicios médicos de varias IPS en todos los departamentos del país, para los docentes, pues dentro de sus objetivos debe *«garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo»*.

Así las cosas, aunque el Sistema Integral de Seguridad Social regulado por la mencionada Ley 100 de 1993, tiene una proyección general, de acuerdo con su art. 279 su espectro no cobija a toda la comunidad, pues excluye, entre otros, a los afiliados del referido fondo, y por ende reconoce su régimen especial de seguridad social en salud, y para tal efecto, es este caso, los afiliados al Fomag, se rigen por disposiciones especiales tales como las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994. No obstante, teniendo en cuenta que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental y autónomo, toda persona debe acceder a los servicios de atención, promoción, protección, prevención y recuperación de su salud, en condiciones de calidad, eficacia y oportunidad, conforme lo dispone el art. 2 de la Ley 1751 de 2015.

De manera que como la seguridad social en salud fue instituida para brindar a las personas una calidad de vida, mediante programas creados por el Estado para proporcionar la cobertura integral de las contingencias que puedan afectar la salud de los habitantes del territorio nacional, quienes pertenecen a los regímenes exceptuados, como el del personal del Magisterio, no pueden ser excluidos de esa prerrogativa, sin razón válida que lo justifique, menos cuando esa exclusión repercute en el acceso oportuno y apropiado a los mencionados servicios.

En los arts. 3° del Decreto 412 de 1992 y 9° de la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, se definió como urgencia «(...) *la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte (...)*» y «(...) *la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras (...)*».

Por su parte, el art. 14 de la mencionada Resolución 5261, instituyó algunas reglas frente al reconocimiento de reembolsos al indicar que las entidades promotoras de salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta, en los siguientes casos: a) atención de urgencias en caso de ser atendido por una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, causal que debe ser interpretada en armonía

con la Ley 1751 de 2015; b) cuando exista una autorización expresa de la EPS para una atención específica; y, c) en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir sus obligaciones frente a los usuarios.

Según lo establecido en la cláusula 5° del contrato n.º 12076-013-2017¹, del contrato para la prestación de servicios de salud del plan de atención integral y la atención médica derivada de los riesgos laborales para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la Región 9, celebrado entre Fiduprevisora S.A., obrando como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Corporación de Servicios Médicos Internacionales THMER Y CÍA LTDA- COSMITET, dentro de las obligaciones del contratista, se encuentran entre otras; i) Garantizar a los afiliados del FNPSM los beneficios del plan de salud del magisterio, en condiciones que garanticen la adecuada, integral y oportuna atención de los afiliados, de acuerdo con sus necesidades y cumpliendo con lo establecido en el sistema obligatorio de garantía de calidad, en términos de oportunidad, pertinencia, suficiencia, continuidad e integralidad de la atención; y, ii). Garantizar la atención de los principales riesgos de salud que afectan a los afiliados del Magisterio a través de programas que permitan la estandarización de intervenciones, la optimización de los recursos disponibles, la potenciación de las intervenciones en diferentes planos de la realidad, la minimización de barreras de acceso a la atención, medicamentos o insumos requeridos en el tratamiento, la incorporación rápida de avances tecnológicos, el mejoramiento continuo del proceso de atención y de las competencias del talento humano asociado, una mayor adherencia de los usuarios a los procesos terapéuticos, mejor acceso al conocimiento de profesionales expertos, seguimiento activo del proceso de atención, opciones de monitoreo y evaluación de las intervenciones

Descendiendo al caso bajo estudio se advierte:

- i). Que el demandante fue atendido por médico particular especialista en medicina interna y reumatología en febrero de 2013, y fue diagnosticado con osteoartritis severa de cadera izquierda y se

¹ <https://www.fiduprevisora.com.co/wp-content/uploads/2020/01/CONTRATO-12076-009-2017-CORPORACION-DE-SERVICIOS-MEDICOS-INTERNACIONALES-THEM-Y-CIA-LTDA-COSMITET-REGION-9.pdf>

estableció como plan de manejo que se requería reemplazo de cadera total;

- ii). El 24 de julio de 2015 en estudio de pelvis realizado por médico radiólogo particular, se dejó anotado que se observaban signos de artrosis avanzada con anquilosis, en la izquierda y en la derecha artrosis de grado mediano.
- iii). En tomografía computada de pelvis simple efectuada el 14 de agosto de 2015, se concluyó que el actor tenía severos cambios de coxartrosis izquierda, cambios de artrosis interfacetaria lumbar baja y discopatía degenerativa L5-S1 (f.º 17).
- iv). El 7 de diciembre de 2015, el médico ortopedista adscrito a la entidad demandada estableció como recomendación que se debía llevar a cabo reemplazo de cadera (f.º 18).
- v). El 7 de junio de 2016, el demandante radicó petición ante la llamada a juicio, en la que solicitó que se realizara la intervención quirúrgica para reemplazo total de cadera, en atención a las indicaciones y exámenes reseñados previamente (f.º 19).
- vi). En orden de servicio del 11 de julio de 2016, expedida por la especialidad de ortopedia y traumatología, se estableció que el accionante presentaba un defecto acetabular en cara anterior y superior de acetábulo por lo que podía requerir para el reemplazo de cadera aplicación de aloinjerto estructural óseo y que no se disponía en Manizales de cadena de frío para el manejo del aloinjerto, por lo que se ordenaba valoración en IV Nivel de CX de cadera para reemplazo articular (f.º 20 y 98).
- vii). El 14 de julio de 2016, fue emitido fallo de tutela por el Juzgado 2º Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, en el que se ordenó a Cosmitet Ltda. que debía proceder con la materialización efectiva del procedimiento quirúrgico *“REEMPLAZO DE CADERA – APLICACIÓN DE ALOINJERTO ESTRUCTURAL ÓSEO”*, en las condiciones determinadas por el médico tratante (f.º 21 a 27).
- viii). El 1º de agosto de 2016, acude nuevamente el demandante a control por ortopedia, y se precisa que a pesar de que en la junta médica se decidió valoración por ortopedia de cuarto nivel para la cirugía de coxartrosis con reemplazo total de cadera con aloinjerto estructural, se volvió a remitir al paciente por ortopedia general (f.º 98).

- ix). El 14 de diciembre de 2016, el actor presenta memorial dirigido al juez de conocimiento de la acción constitucional, en el que manifiesta que la encartada lo había remitido a la ciudad de Cali con un ortopedista, pero se negó por escrito argumentando que por situaciones materiales de salud y psicológicas le era imposible asistir, aunado a que en Manizales también se prestaban los servicios de III y IV nivel en procedimientos quirúrgicos de cadera y en el contrato de prestación de servicios celebrado entre la IPS y la Fiduprevisora, se había establecido que los servicios de III y IV nivel, debían ser prestados en la ciudad de Manizales, y excepcionalmente en el eje cafetero o en la ciudad de Cali.
- x). El 10 de diciembre de 2018, el actor radica incidente de desacato ante el Juzgado 2° Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, que es archivado el 21 de enero de 2019 (f.° 28 y 98).
- xi). El 16 de agosto de 2018, en control por ortopedia, se indicó que el actor asistía a control con resultados, que se mantenía dolor en la cadera izquierda que limitaba la marcha y la actividad física, y que el TAC de cadera izquierda mostraba coxofemoral izquierda severa. Se remitió al cirujano vascular por varices grado iii/iv extremidad inferior izquierdo con cirujano vascular y se ordenó control en dos meses por ortopedia.
- xii). El 9 de octubre de 2018, el cirujano vascular ordena ecografía de Doppler de vasos venosos de miembros inferiores.
- xiii). El 18 de enero de 2019, el convocante es atendido nuevamente por el ortopedista de la red de atención de la pasiva, y se dejó anotado en el historial clínico que era un paciente con dolor de cadera izquierda de más o menos dos años de evolución, con limitación para caminar más de una cuadra. A su vez, se estableció en el examen físico que ingresó cojeando, y que presentaba acortamiento de 6 cm en cadera izquierda, con rotación interna de 0°, rotación externa de 5°, flexión de cadera de 90° y debilidad en musculatura core. Y se determinó como diagnóstico coxartrosis severa de cadera izquierda e insuficiencia venosa, así como también que el paciente requería reemplazo de cadera izquierda, pero antes debía ser valorado por cirugía vascular y se solicitó junta médica por ortopedia con exámenes (f.° 47 a 51).

- xiv). El 23 de enero de 2019, el convocante asistió a control por cirugía vascular y angiología, en el que se le dieron órdenes para llevar a cabo cirugía de *SAFENECTOMÍA MENOR + VARICECTOMÍA SUPRAPATELAR E INFRAPATELAR + LIGADURA DE PERFORANTE EN MMI – IZQUIERDO* (f.º 40 a 45).
- xv). El 10 de abril de 2019, el actor se realizó por servicio particular, los procedimientos de ligadura alta de vena safena externa, varicectomía múltiple de MII, y ligadura de venas perforantes en el centro médico de especialistas CME (f.º 52 a 56).
- xvi). El 8 de octubre de 2019, el accionante se realizó exámenes de laboratorio clínico (f.º 72 a 74).
- xvii). El 8 de noviembre de 2019, el actor asistió a control de ortopedia, y en la historia clínica se consignó que consultaba por dolor en cadera izquierda intensificado que se presentaba desde cuatro años, que refería mejoría del dolor con medicamentos y llevaba radiografía que evidenciaba artrosis severa de cadera con canal displásico. Al examen físico se determinó que presentaba dolor en aros en movimientos de cadera y en el plan terapéutico se anotó que se había evaluado riesgo-beneficio, ya que el paciente presentaba mejoría con medicamentos, por lo que se había decidido entre médico y paciente esperar para tratamiento quirúrgico, por lo que se daba control en 2 meses para evaluar el paso a seguir (f.º 75 a 77).
- xviii). El 19 de noviembre de 2019, el actor asiste al Instituto Médico Integrado S.A.S., por consulta de ortopedia particular, donde se registró que consultaba por dolor en cadera izquierda de varios años de evolución, que limitaba los movimientos y la deambulaci3n. Al examen físico se encontró que la cadera izquierda presentaba un acortamiento de 4 cm, flexi3n de 80°, sin rotaci3n ni aducci3n, y al hacerse la lectura radiogr3fica se estableci3 que la cadera izquierda presentaba cambios degenerativos severos, as3 como migraci3n proximal de cabeza femoral. Por 3ltimo, se indic3 que presentaba como diagn3stico artrosis de cadera izquierda y como plan de manejo se program3 para pr3tesis total de cadera (f.º 88).
- xix). El 27 de enero de 2020, el convocante asistió a control por ortopedia, y se dej3 registrado que ya estaba programado para reemplazo de cadera por particular al d3a siguiente (f.º 78 a 79).
- xx). El 28 de enero de 2020, se llev3 a cabo el procedimiento de pr3tesis total de cadera m3s injerto 3seo en acet3bulo en la ciudad de

Manizales en el Instituto Médico Integrado S.A.S., cirugía en la que se pone injerto acetabular (f.º 89).

Con el recuento anterior, evidencia la Sala que en este caso resulta plausible la negligencia y desidia de la entidad de salud accionada, pues aunque no se desconoce que en el año 2016, la pasiva para dar cumplimiento al fallo emitido en el curso de la acción constitucional que instauró el convocante en su contra y a lo establecido por el médico tratante, en cuanto a la atención en un centro médico de cuarto nivel, iba a efectuar la remisión respectiva para la ciudad de Cali, según se desprende del escrito dirigido el 14 de diciembre de 2016 por Fernando Ocampo Muñoz al juez de tutela; en criterio de esta Sala lo que no resulta atendible y da paso a la configuración del supuesto de hecho consagrado en el literal C del art. 14 de la mencionada Resolución 5261 de 1994, es justamente el hecho de que a pesar de que el procedimiento quirúrgico materia de reembolso había sido ordenado y considerado como el único tratamiento que daría lugar a la recuperación de la patología diagnosticada, tanto por médicos adscritos a la red de servicios de la EPS, como por médicos particulares por más de 4 años, finalmente en consulta del 8 de noviembre de 2019, cuando la activa contaba con todos los requerimientos médicos para llevarlo a cabo, el profesional de la salud haya sugerido al paciente postergar su práctica, a pesar de que era evidente que era necesario que se hiciera, tanto así que en consulta particular del 19 de noviembre de 2019, se reiteró como plan de manejo la prótesis total de cadera, lo que coincide con el manejo que se había indicado desde el año 2013 por el médico particular, y a partir del año 2015 con los profesionales de la salud de la red de servicios de la EPS, lo que incluye la consulta que se llevó a cabo en el mismo año 2019, esto es, en el mes de enero.

Lo anterior hace patente la falla en la integralidad y continuidad del tratamiento que demandaba la patología prescrita al accionante, la cual implicaba cuadros de dolor significativos y limitaciones físicas que afectaban el desarrollo de sus actividades cotidianas, causaban un deterioro en su estado de salud física y mental, y desmejoraban su calidad de vida.

En ese orden, debe recordarse que aunque a voces de lo dispuesto en el literal d) del art. 10º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en relación con la prestación del servicio de salud ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud, lo cierto es que también los

usuarios tienen derecho a obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismo, última situación, que partiendo de los anteriores derroteros no se verificó en este preciso caso.

En consecuencia, analizado el material probatorio allegado, se estima que no resultó caprichoso el accionar del solicitante, al cubrir de forma particular la atención de la patología que lo aquejó por más de cuatro años y asumir los gastos que este trámite implicaba, por ser palmaria la desidia con la que actuó la accionada, al no proveerle la prestación del servicio en forma ágil y digna, con la red adscrita a la entidad, conclusión que disipa cualquier argumento referente a que carece de derecho el actor para que se le reintegre el dinero que acá reclama; por ende, se considera que la decisión materia de recurso de alzada fue acertada.

Sin costas en la instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de febrero de 2022, por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, de acuerdo con lo motivado.

SEGUNDO: COMUNICAR a las partes la presente sentencia por el medio más expedito, conforme al parágrafo 1.º del artículo 41 de la Ley 1121 de 2007, modificado por el artículo 6.º de la Ley 1949 de 2019, aplicable por analogía al trámite de segunda instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, una vez se haya comunicado a las partes, agotado el trámite de rigor y en firme esta providencia, previas las desanotaciones del caso.

CUARTO: Sin costas ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO SUMARIO
RADICACIÓN: 11001 22 05 **000 2021 01670 01**
NURC 1 - 2018 - 136769
EXP. SUPERSALUD N.º J 2018 - 2227
DEMANDANTE: ANDRÉS FELIPE SÁENZ DE SAN PELAYO OVALLE
DEMANDADO: EPS FAMISANAR SAS

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada EPS FAMISANAR SAS, contra la providencia proferida el 18 de marzo de 2021, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se ordene a EPS Famisanar, el reconocimiento y pago de la incapacidad n.º 0006136908 de 2018, por la suma de \$770.479, y de los intereses moratorios establecidos en el art. 4 del Decreto 1281 de 2002.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que ingresó por urgencias a la Clínica Partenón de Bogotá DC, el día 15 de abril de 2018, debido a una molestia hepática que presentaba desde el año 2015; que fue hospitalizado desde esa fecha hasta el 27 de abril de 2018; que durante ese lapso fue sometido a una intervención quirúrgica para toma de biopsia de hígado mediante laparoscopia, y que por este motivo su incapacidad médica se prolongó

por 15 días adicionales, como lo certificó el médico internista Leonardo Bohórquez en la incapacidad n.º 0006136908.

Sostuvo, que el 9 de mayo de 2018 radicó ante EPS Famisanar, la solicitud de pago de la referida incapacidad; que la misma aún no le ha sido reconocida; que al comunicarse por vía telefónica a los canales de atención de la EPS, le informaron que el pago se efectuaría hasta el 12 de septiembre de 2018, y que el retraso en el que incurrió la entidad no tiene ninguna justificación.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 21 de septiembre de 2018, ordenándose correr traslado y notificar a la reclamada (f.º 5).

EPS Famisanar SAS, guardó silencio pese a encontrarse debida y legalmente notificada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en sentencia del 18 de marzo de 2021, ordenó a EPS Famisanar SAS efectuar el pago de los intereses moratorios liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrativos por la DIAN, desde el 10 de mayo de 2018 hasta la fecha en que se hizo efectivo el pago de la prestación económica deprecada por el actor.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en determinar si era procedente que la EPS demandada realizara el reconocimiento y pago de la incapacidad solicitada por el demandante.

Esgrimió, que con las pruebas arrimadas al proceso se comprobó que el demandante cotizaba al sistema de seguridad social en salud, en calidad de trabajador independiente para el momento de la expedición de la incapacidad, por lo que era beneficiario de las prestaciones que incluye el régimen contributivo; que dentro del expediente se encontraba el formato de preliquidación de la incapacidad solicitada por el actor, y que el despacho se

comunicó con él por vía telefónica para preguntarle si la EPS ya había efectuado el pago de la prestación económica, a lo que respondió que sí, y que por concepto de la misma, le había sido reconocido el valor de \$770.479.

En cuanto a los intereses moratorios, adujo que la EPS demandada no reconoció y canceló la prestación económica del actor dentro del término dispuesto para el efecto, por lo que era procedente el reconocimiento de los intereses moratorios establecidos en el Decreto 1281 de 2002, a partir del 10 de mayo de 2018 hasta la fecha en que se hizo efectivo el pago de la incapacidad (f.º 10 - 12).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

EPS Famisanar SAS, arguyó que no era viable el reconocimiento de los intereses moratorios, debido a que la entidad ya efectuó el pago de la incapacidad al demandante, y que el empleador no radicó la cuenta de cobro que demostrara que se efectuó el pago de la incapacidad en el término establecido legalmente.

Finalmente, manifestó que los dineros que maneja la EPS son de carácter público con destinación específica, esto es, el cubrimiento en salud de la población colombiana, por lo que los mismos no pueden ser utilizados para el pago de intereses.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el parágrafo 1.º del art 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el 6.º de la Ley 1949 de 2019, y num. 1.º del art. 30 del Decreto 2462 de 2013, la Sala verificará si resulta procedente la condena al pago de los intereses moratorios, sobre la suma que le fue reconocida al actor por concepto de la incapacidad deprecada, de acuerdo con lo estipulado en el art. 4.º del Decreto 1281 de 2002, a cargo de la EPS Famisanar SAS.

Para decidir, recuerda la Sala que de acuerdo con lo previsto en el art. 202 de la Ley 100 de 1993, el régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, *cuando tal vinculación se hace a través del pago de*

una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso.

De esta manera, en virtud del sistema de aseguramiento dispuesto por el legislador, que se respalda en la cotización que se efectúa a favor de los afiliados, el mencionado régimen contributivo reconoce, entre otros, a estos las incapacidades generadas por enfermedad general (art. 206 y el literal a) del art. 157 de la Ley 100 de 1993).

Dentro del plenario, no fue objeto de discusión que el día 24 de abril de 2018, EPS Famisanar SAS le generó al actor la incapacidad n.º 0006136908, por concepto de enfermedad general, por un total de 30 días, a partir del 15 de abril de 2018 hasta el 14 de mayo de la misma anualidad (f.º 21), y que para dicho lapso el actor se encontraba cotizando al Sistema de Seguridad Social en Salud como trabajador independiente, de acuerdo con las planillas integradas de liquidación de aportes en salud obrantes de f.º 26 a 34, motivo por el cual le asiste el pago de la referida incapacidad de acuerdo con las normas citadas con antelación.

De los intereses moratorios - Sobre la procedencia de los intereses moratorios, advierte esta Colegiatura que el art. 24 del Decreto 4023 de 2011, establece que el pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC; así mismo, que la revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante, y, que la EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002.

En tal sentido se advierte que, conforme a la normatividad aplicable, los referidos intereses se liquidan diariamente a la tasa de interés diario que sea equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la Superintendencia

Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo, al ser estos, los que corresponden a los establecidos para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (art. 4° del Decreto 1281 de 2002 y art. 141 de la Ley 1607 de 2012).

Corolario de lo expuesto, en el caso *sub examine* se verificó que el demandante reclamó la incapacidad que le fue emitida por la EPS, el día 9 de mayo de 2018 (f.º 26), y que la entidad convocada no efectuó el pago total de la prestación económica a su cargo en el término que dispone la regulación vigente como bien lo determinó el *a quo*, motivo por el cual si es procedente el pago de los intereses moratorios deprecados.

No obstante, se **modificará** la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que tales réditos, deberán pagarse a partir del 7 de junio de 2018, hasta la fecha en que se hizo efectivo el pago de la incapacidad, y no a partir del 10 de mayo de 2018, como se estableció en la primera instancia.

Ello, por cuanto el *a quo* desconoció los términos con los que cuenta la EPS para efectuar el pago de la prestación económica reclamada establecidos en el art. 24 del Decreto 4023 de 2011, y ordenó el pago de los intereses moratorios, inmediatamente después de que el actor radicó la solicitud de reembolso, lo que no resulta procedente, toda vez que la EPS solo se encontraba en mora vencido el término con el que contaba para revisar, liquidar y pagar la respectiva incapacidad, esto es, un total de 20 días después de radicada para ese efecto.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de

Conciliación, el 18 de marzo de 2021, en el sentido de **CONDENAR** a **EPS FAMISANAR SAS** a pagar a favor de **ANDRÉS FELIPE SÁENZ DE SAN PELAYO OVALLE**, sobre la suma de **SETECIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$770.479)**, los intereses moratorios a la tasa establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a partir del 7 de junio de 2018, y hasta la fecha en que se hizo efectivo el pago, conforme con lo dispuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: COMUNICAR a las partes la presente sentencia por el medio más expedito, conforme al parágrafo 1.º del artículo 41 de la Ley 1121 de 2007, modificado por el artículo 6.º de la Ley 1949 de 2019, aplicable por analogía al trámite de segunda instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, una vez se haya comunicado a las partes, agotado el trámite de rigor y en firme esta providencia, previas las desanotaciones del caso.

CUARTO: Sin costas ante su no causación.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO SUMARIO
RADICACIÓN: 11001 22 05 000 2022 00570 01
NURC 1 - 2018 – 157604
EXP. SUPERSALUD N.º J 2018 – 2606
DEMANDANTE: DIAN
DEMANDADO: CAFESALUD EPS SA
VINCULADA: MEDIMÁS EPS SAS

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de queja interpuesto por Medimás EPS SAS, contra el auto proferido el 8 de octubre de 2021, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, así como el recurso de apelación interpuesto por Cafesalud EPS contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2021.

I. ANTECEDENTES

Pretende la DIAN que se ordene a Cafesalud EPS SA, el reconocimiento y pago de la licencia por enfermedad general reconocida al funcionario Jairo Saúl Circa Garzón, por el valor de \$3.202.788, y de los intereses moratorios establecidos en el art. 4 del Decreto 1281 de 2002.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que Jairo Saúl Circa Garzón, presta sus servicios a la DIAN desde el 1.º de abril de 2009; que actualmente desempeña el cargo de Gestor III Código 303, Grado 03, en la

Coordinación Administración del Registro Único Tributario - Subdirección de Gestión de Asistencia al cliente - Dirección de Ingresos - Nivel Central; que en el año 2017, se encontraba afiliado a Cafesalud EPS SA, que utilizó los servicios médicos prestados por dicha entidad, desde el 19 de julio hasta el 17 de agosto de 2018, periodo en el cual se le generó una licencia por enfermedad general por el término de 30 días, según certificado expedido por la aludida EPS, y que la entidad pagó el salario correspondiente a la licencia por enfermedad generada al funcionario, como se puede verifica en los comprobantes de nómina que aportó.

Sostuvo, que Cafesalud EPS, no ha efectuado el pago total de la referida incapacidad, por cuanto aún le adeuda \$3.202.788, y que el día 23 de mayo de 2018, elevó la respectiva solicitud de reembolso y pago ante dicha entidad (f.º 2 - 3).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 24 de octubre de 2018, ordenándose correr traslado y notificar a la reclamada y vinculada (f.º 26).

Cafesalud EPS SA, esgrimió que la incapacidad generada al trabajador Jairo Saúl Circa Garzón, desde el 19 de julio hasta el 17 de agosto de 2017, se liquidó por el valor de \$3.222.083, y que la misma aún se encuentra pendiente de pago por parte de Medimás EPS, en virtud de la medida cautelar de urgencia tomada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos radicada bajo el n.º 250023410002016 - 01314 - 00, consistente en que Medimás EPS cumpla con todas las obligaciones que recibió por parte de Cafesalud EPS, entre ellas el pago de incapacidades (CD, f.º 67).

Medimás EPS SA, manifestó que no era la legalmente obligada a responder por el reconocimiento y pago de la incapacidad deprecada por la DIAN, como quiera que para la data en que la misma fue generada, la entidad no había iniciado su operación.

También, coadyuvó la pretensión de la reclamante y solicitó que en caso de ser condenada al pago de la misma le fuera concedida la posibilidad de efectuar el recobro ante Cafesalud EPS (CD, f.º 67).

III. DECISIONES DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. Sentencia de primera instancia

La Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en sentencia de 24 de junio de 2021, ordenó a Cafesalud EPS en liquidación pagarle a la DIAN, la suma de \$1.322.408, y los intereses moratorios previstos en el art. 4 del Decreto 1281 de 2002, desde el 28 de junio de 2018 hasta la fecha en que se hiciera efectivo el pago de la prestación económica, y ordenó a Medimás EPS, pagarle a la DIAN la suma de \$2.043.722, con las correspondientes actualizaciones monetarias.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en determinar si era procedente el reembolso deprecado por la DIAN, respecto de la incapacidad que le fue generada al funcionario Jairo Saúl Circa Garzón; que como la incapacidad otorgada al funcionario estuvo vigente durante la afiliación de éste tanto a Cafesalud EPS como a Medimás EPS, debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 2.1.7.4. del Decreto 780 de 2016, según el cual la EPS de la cual se traslade el usuario tendrá a su cargo el pago de la prestación económica que se reclame hasta el día anterior a aquel en que surjan las obligaciones para la nueva entidad.

En este orden, concluyó que Cafesalud EPS, debía asumir el pago de la incapacidad reclamada desde el 19 de julio hasta el 31 de julio de 2017, mientras que Medimás EPS, tendría que hacerlo desde el 1° de agosto hasta el 17 de agosto de 2017.

1.2. Providencia objeto del recurso de queja

La Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de 8 de octubre de 2021, no concedió el recurso de apelación presentado por Medimás EPS SAS contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2021, tras indicar que al revisar la documental aportada con el escrito de impugnación evidenció que la abogada Geraldine Andrade Rodríguez, no aportó el poder especial o general que acreditara su condición de apoderada de la sociedad demandada, en los

términos del art. 74 del CGP. (f.º 50).

IV. RECURSO DE QUEJA

Medimás EPS SAS, manifestó que la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, decidió no conceder el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2021, con el argumento de que el poder especial presentado resultaba insuficiente, pues el mismo únicamente facultaba para actuar en las acciones de tutela.

Dijo, que pese a que el día 7 de diciembre de 2021, allegó la ratificación del poder previamente presentado, la Superintendencia rechazó el recurso de apelación sin tener en cuenta la misma, lo que denotaba un abuso o exceso de las formalidades en el proceso jurisdiccional, además de ser violatorio de sus derechos fundamentales de defensa y contradicción (CD, f.º 67).

V. CONSIDERACIONES

Conforme a los artículos 68 del CPTSS y 352 del CGP, el recurso de queja está instituido para conseguir que el recurso apelación de los autos y sentencias, así como el recurso extraordinario de casación, sean concedidos por el superior jerárquico de la autoridad judicial que lo negó o rechazó, o simplemente sea modificado el efecto jurídico en el que fue concedido el primer recurso mencionado, pues el legislador en materia laboral, ha definido de manera taxativa en el artículo 65 *idem*, y demás normas especiales, los eventos frente a los cuales procede la alzada contra autos y sentencias.

En relación con la interposición y trámite del recurso en cuestión, el artículo 353 del CGP, aplicable al procedimiento laboral (artículo 145 del CPTSS), establece que este se debe interponer en subsidio del recurso de reposición contra el auto que negó el recurso de apelación o de casación, salvo cuando éste sea consecuencia de la reposición interpuesta por la parte contraria, para lo cual debe exponerse en forma sucinta las razones por las cuales debe habilitarse el recurso que fue denegado (CSJ AC584 6 feb. 2017 rad. 11001 02 03 000 2016 03361 00).

En el presente caso se observa que aún cuando el recurso de queja impetrado por Medimás EPS SAS es procedente, como quiera que el art. 66 del CPTSS dispone que la sentencia de primera instancia es apelable, y fue interpuesto en debida forma, el mismo no está llamado a prosperar, por cuanto al revisar las pruebas obrantes en el expediente se evidenció que la abogada Geraldine Andrade Rodríguez, quien en el escrito de impugnación presentado por Medimás EPS SAS manifestó que actuaría como apoderada especial de dicha sociedad, no allegó el poder que acreditara tal calidad.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que pese a que el art. 6° de la Ley 1949 de 2019, que adicionó el art. 41 de la Ley 1122 de 2007, dispone que en los procesos que conozca la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de su función jurisdiccional, *“no será necesario actuar por medio de apoderado”*, también se indica que ello no podrá controvertir las normas vigentes para la representación y el derecho de postulación. De manera que, si la abogada manifestó que actuaría como apoderada de Medimás EPS SAS, ha debido adjuntar el poder que acreditara que se encontraba autorizada legalmente para el efecto, en cumplimiento de lo establecido en el art. 73 del CGP, aplicable por expresa remisión del art. 145 del CPTSS.

Ahora bien, sobre lo alegado por la quejosa respecto a que el 7 de diciembre de 2021, allegó *“ratificación del poder previamente presentado”*, debe aclararse que el poder al que se refiere no fue presentado ni anexado al escrito de apelación, y que la Superintendencia Nacional de Salud, en ningún momento argumentó que la negación del recurso de apelación se debía a que el poder especial otorgado a la abogada Geraldine Andrade Rodríguez únicamente la facultaba para actuar en acciones de tutela, como lo afirmó en la sustentación de su recurso.

Por consiguiente, habrá de declararse **bien denegado** el recurso de apelación interpuesto por Medimás EPS SAS contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2021, por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud.

VI. RECURSO DE APELACIÓN - SENTENCIA

Cafesalud EPS en Liquidación, impugnó la decisión del *a quo* respecto al

pago de los intereses moratorios argumentando que, como la entidad fue sometida a un proceso de liquidación forzosa administrativa, el cual, constituye un hecho de fuerza mayor, por provenir de un “*acto de autoridad ejercido por funcionario público*”, como lo establece el art. 64 del CC, debía exonerársele de pagar cualquier sanción moratoria, como quiera que el inciso 2.º del art. 1616 *idem*, dispone que la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a la indemnización de perjuicios.

De otra parte, solicitó que se ordenara al demandante hacerse parte del proceso liquidatorio, y a radicar su acreencia para proceder al estudio de un eventual reconocimiento y pago de la misma, de acuerdo con las reglas establecidas en los Decretos 663 de 1993 y 2555 de 2010 (CD, f.º 67).

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el párrafo 1º del art 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el 6º de la Ley 1949 de 2019, y num. 1º del art. 30 del Decreto 2462 de 2013, la Sala verificará **i)** si la demandante debe radicar la acreencia dentro del proceso liquidatorio, para obtener el pago de las incapacidades, y **ii)** si Cafesalud EPS en Liquidación, debe ser exonerada del pago de los intereses moratorios previstos en el art. 4º del Decreto 1281 de 2002, por encontrarse en un proceso liquidatorio.

Del pago de la obligación una vez se acuda al proceso liquidatorio de Cafesalud EPS - La Ley 1438 de 2011, señala que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, está orientado a generar condiciones que protejan la salud de los colombianos, siendo el bienestar del usuario el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud, y estableció entre otros principios, los de calidad y eficiencia.

En el presente asunto, se acreditó que el día 19 de julio de 2017, Cafesalud EPS, generó en favor del funcionario Jairo Saúl Circa Garzón, una incapacidad general por el periodo comprendido entre dicha data y el 17 de agosto de 2017, por un total de 30 días (f.º 4), la cual, al dar contestación a la reclamación de la DIAN, admitió haber reconocido y liquidado.

Por su parte, en el escrito de impugnación, adujo *“(…) en vista de que las prestaciones económicas se encuentran reconocidas y liquidadas por mi representada, la parte actora deberá presentar la acreencia dentro del proceso liquidatorio de la EPS para que se lleve a cabo su estudio frente a un eventual reconocimiento, respecto de las prestaciones económicas deprecadas”*

Al respecto, debe decir esta sala que aún cuando se constata que mediante Resolución n.º 7172 del 22 de julio de 2019, se ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a Cafesalud, esta situación no exime a la EPS del pago de las obligaciones contraídas con anterioridad, como la que ocupa la atención de esta Sala, pues hasta esa data la entidad contaba con la libre administración de sus recursos para cubrir este tipo de acreencias, y no lo hizo.

Es claro entonces, que por sí sola la crisis económica en la que se vio inmersa, no resulta ser un justificante para haberse sustraído de sus deberes pecuniarios. En todo caso, el trámite de este tipo de procesos no se suspende, como consecuencia de las medidas preventivas obligatorias impuestas en el artículo 3º de la mencionada Resolución n.º 7172, de ahí que la orden impartida a Cafesalud, se encuentra ajustada a derecho.

A lo anterior se agrega que, de acuerdo con la Resolución n.º A-00001 del 4 de octubre de 2019, expedida por el Liquidador de Cafesalud, consultada en la página web de la EPS, en caso de no presentarse reclamación oportuna respecto de las condenas impuestas en contra de la entidad, dentro de procesos como el que ocupa la atención de la Sala, las mismas serán incluidas en el pasivo cierto no reclamado, con la advertencia de que *«el pago efectivo de las condenas provenientes de sentencias en firme contra la entidad intervenida proferidas durante la toma de posesión se hará atendiendo la prelación de créditos establecidos en la ley y de acuerdo con las disponibilidades de la entidad»*; motivo por el que la entidad no se puede sustraer del pago de la condena que aquí se confirma, porque eventualmente se atenderá conforme lo anotado, al tenor de lo dispuesto en el literal c) del art. 9.1.3.1.1. y el art. 9.1.3.5.10 del Dto. 2555 de 2010, último según el cual *«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»*.

De manera que, para que el pago se haga efectivo, simplemente la condena impuesta queda sujeta a las reglas del concurso o liquidación empresarial; sin dejarse de lado, que los créditos laborales y de la seguridad social pertenecen a la primera clase de créditos consagrados en el artículo 2495 del Código Civil, y tienen privilegio excluyente sobre las demás categorías, sin que resulte necesaria ninguna modificación de la decisión en ese sentido.

De los intereses moratorios - Sobre la procedencia de los intereses moratorios, advierte esta Colegiatura que el art. 24 del Decreto 4023 de 2011, establece que el pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC; así mismo, que la revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante, y, que la EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002.

En tal sentido se advierte que, conforme a la normatividad aplicable, los referidos intereses se liquidan diariamente a la tasa de interés diario que sea equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo, al ser estos, los que corresponden a los establecidos para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (art. 4° del Decreto 1281 de 2002 y art. 141 de la Ley 1607 de 2012).

En el presente caso Cafesalud EPS en liquidación, alega que debe ser absuelta del pago de los intereses moratorios debido a que se encuentra inmersa en un proceso de liquidación forzosa administrativa, lo cual, constituye un hecho de fuerza mayor por provenir de un *“acto de autoridad ejercido por funcionario público”*, de acuerdo con lo establecido en el art. 64 del CC, y en el art. 1616 *ídem*, el cual dispone que la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

En criterio de la Sala mayoritaria, del que se aparta parcialmente la suscrita ponente, en el caso de marras, para efectos de establecer la procedencia de los intereses moratorios, ha de tenerse en cuenta que se aprobó el proceso de reorganización de Cafesalud EPS mediante la Resolución 2426 del 19 de julio de 2017, acto administrativo en el que se dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO. APROBAR el Plan de Reorganización Institucional, presentado por el Representante Legal de Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6), consistente en la creación de una Nueva Entidad a saber, la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5).

ARTÍCULO SEGUNDO. APROBAR la cesión de los activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios descritos en la solicitud, y la cesión total de los afiliados, así como la Habilitación como Entidad Promotora de Salud de Cafesalud Entidad promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6), a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5), en su calidad de beneficiaria del Plan de Reorganización Propuesto.

PARÁGRAFO PRIMERO. Serán objeto de cesión a la nueva entidad la totalidad de activos que hayan sido adquiridos y constituidos con los recursos de la UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS-.

PARÁGRAFO SEGUNDO. La habilitación a ceder corresponde a la otorgada mediante Resolución 0973 del 29 de diciembre de 1994 como Entidad Promotora de Salud del Régimen contributivo, así como también la otorgada mediante Resolución 1358 del 29 de septiembre de 2008 como Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, al igual que la capacidad de afiliación asignada mediante Resolución 2779 del 23 de diciembre de 2015 para el Régimen Subsidiado y la Resolución 2812 del 15 de septiembre de 2016 para el Régimen Contributivo”.

En igual sentido, que el 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que Medimás EPS prestara el servicio de salud, y efectuara el pago de prestaciones sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales, entendiéndose que, en virtud de tal orden judicial, las prestaciones económicas estuvieron temporalmente en cabeza de Medimás EPS, y no de Cafesalud EPS; medida cautelar que no fue levantada sino hasta el 10 de abril de 2019 a través del proveído de esa fecha, de la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Por tanto, considera la Sala mayoritaria que desde el 01 de agosto de 2017 Cafesalud EPS estuvo vedada para efectuar reconocimientos prestacionales con ocasión de la medida cautelar proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de modo que, sólo hasta cuando se levantó la medida cautelar, era dable exigirle a tal entidad promotora de salud los correspondientes pagos por concepto de prestaciones.

De esta manera, resulta procedente el pago de los intereses moratorios, no obstante, lo será a partir del 10 de abril de 2019 y hasta que se haga efectivo el pago de la obligación principal, pues se itera, la EPS se encontraba vedada para efectuar el pago de las incapacidades con anterioridad.

En consecuencia, se **modificará** la orden impartida a Cafesalud EPS, para ordenar el pago de los intereses moratorios sobre el importe adeudado, desde el 10 de abril de 2019 hasta que se haga su pago efectivo.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

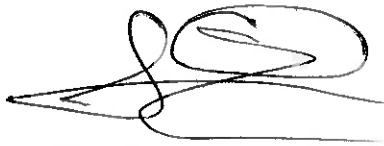
PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 24 de junio de 2021 por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:

CUARTO: Ordenar a Cafesalud EPS, hoy en liquidación, pagar los intereses moratorios sobre el importe adeudado, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, desde el 10 de abril de 2019 hasta que se haga efectivo el pago de la obligación.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión apelada, acorde con lo expuesto en las consideraciones.

TERCERO: COMUNICAR a las partes la presente sentencia por el medio más expedito, conforme al parágrafo 1.º del artículo 41 de la Ley 1121 de 2007, modificado por el artículo 6.º de la Ley 1949 de 2019, aplicable por analogía al trámite de segunda instancia.

CUARTO: DEVOLVER el expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, una vez se haya comunicado a las partes, agotado el trámite de rigor y en firme esta providencia, previas las desanotaciones del caso.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente
(Salvamento de voto parcial)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado