



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 31-2020-00363-01**

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: ROSA MARINA DE PABLOS CAMACHO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR S.A.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP**  
**PORVENIR SA Y COLPENSIONES) // CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Alida Del Pilar Mateus Cifuentes con tarjeta profesional No.221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.15)

La parte demandante (fls.8-9), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.29-37) y Colpensiones (fls.12-15) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 7 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Rosa Marina De Pablos Camacho instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1 "001.EscritodeDemanda.pdf", con subsanación a folios 1 "004.CorreoconSubsanacionDemanda.pdf" con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que la demandante, la señora Rosa Marina De Pablos Camacho se afilió al régimen de pensiones administrado por el hoy extinto instituto de seguros sociales (ISS) a partir del mes de agosto del año mil novecientos ochenta y uno (1981), entidad a la cual realizó cotizaciones destinadas a cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte, hasta el mes de junio del año mil novecientos noventa y cuatro (1994).
2. Se declare que la demandante, la señora Rosa Marina De Pablos Camacho se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A. a partir del mes de julio del año mil novecientos noventa y cuatro (1994), mediante la suscripción del formulario de afiliación a esa entidad privada, al ser inducida a error por parte del asesor de ese fondo privado.
3. Se declare que, al momento de verificar su traslado de régimen de pensiones en el mes de julio del año mil novecientos noventa y cuatro (1994), la demandante, la señora rosa marina de Pablos Camacho contaba con 695.57 semanas cotizadas al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por el instituto de seguros sociales (ISS), hoy sustituido por la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones.
4. Se declare que que, al momento de verificar su traslado de régimen de pensiones en el mes de julio del año mil novecientos noventa y cuatro (1994), la demandante, la señora Rosa Marina de Pablos Camacho contaba con una expectativa legítima de causar su derecho pensional en el régimen de prima media con prestación definida (RPM), acorde con los condicionamientos contenidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, norma más beneficiosa para la acusación de su derecho pensional.
5. Se declare que la sociedad administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A., omitió su deber de informar y asesorar de manera suficiente a la demandante, la señora Rosa Marina de Pablos Camacho, sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen previo a disponer su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).
6. Se declare que la demandante, la señora Rosa Marina de Pablos Camacho fue inducida a error por parte de la sociedad administradora de fondos de

- entregar información clara, veraz y suficiente sobre los efectos del traslado al demandante, con lo cual se causó grave perjuicio frente a las condiciones de causación, exigibilidad y monto de su derecho pensional.
7. Se declare que, con ocasión del traslado de régimen de pensiones en el mes de julio del año mil novecientos noventa y cuatro (1994), y debido a la falta de información clara y completa sobre los efectos de dicho traslado, la demandante, la señora Rosa Marina De Pablos Camacho perdió la posibilidad de pensionarse en condiciones más favorables contenidas en el actual sistema de seguridad social en pensiones administrado por la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones.
  8. Se declare que la nulidad del traslado de régimen de pensiones que hizo la demandante, la señora Rosa Marina de Pablos Camacho del hoy extinto instituto de seguros sociales (ISS), administradora del régimen de prima media con prestación definida (RPM), a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A., administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), en el mes de mes de julio del año mil novecientos noventa y cuatro (1994).
  9. Se disponga, que por efecto de la nulidad deprecada, las cosas deben volver a su estado anterior, y en tal sentido, ordenar el retorno automático de la demandante, la señora Rosa Marina de Pablos Camacho al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado actualmente por la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones.
  10. Se ordene a la administradora colombiana de pensiones -Colpensiones, reactivar la afiliación de la demandante, la señora Rosa Marina de Pablos Camacho atendiendo la nulidad de las afiliaciones al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por los fondos privados administradores de este régimen en el que estuvo afiliado la demandante.
  11. Se Ordene a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir s.a., que por virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones, devuelva a esta última todos los valores que hubiere recibido en condición de última administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), con motivo de la afiliación de la demandante, la señora Rosa Marina de Pablos Camacho, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
  12. Se declare que derivado de la nulidad del traslado y de su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM), la demandante, la señora Rosa Marina De Pablos Camacho cumple desde el día veinticuatro (24) de

- de vejez contemplados en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, esto es, cincuenta y siete (57) años de edad y más de 1300 semanas de cotización.
13. Se condene a la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones a reconocer el derecho a la pensión de vejez que le asiste a la demandante, la señora Rosa Marina de Pablos Camacho, desde la fecha en que acreditó los requisitos mínimos para acceder a la pensión, esto es, desde el día veinticuatro (24) de julio del año dos mil veinte (2020).
  14. Se ordene a la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones la inaplicación de la resolución no. 3559 del 28 de agosto de 2.018 “por la cual se modifican los anexos técnicos 2, 3 y 5 de la resolución 2388 de 2.016 modificada por las resoluciones 5858 de 2.016, 980, 1608 y 3016 de 2.017”, esto es, el artículo 1º no. 8 – 4 de la resolución no. 3559 del 28 de agosto de 2.018 “ por la cual se modifican los anexos técnicos 2, 3 y 5 de la resolución 2388 de 2.016 modificada por las resoluciones 5858 de 2.016, 980, 1608 y 3016 de 2.017” , proferida por el ministerio de salud y protección social, por vía de excepción de inconstitucionalidad
  15. Se condene a la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones a pagar las mesadas ordinarias y adicionales, causadas y no pagadas en forma retroactiva a favor de la demandante, la señora Rosa Marina De Pablos Camacho, desde la fecha en que acreditó los requisitos para acceder a la pensión de vejez, esto es, desde el día veinticuatro (24) de julio del año dos mil veinte (2020).
  16. Se condene a la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones al reconocimiento y pago de la indexación de las mesadas causadas y no pagadas, a la fecha efectiva de su pago.
  17. Se condene a la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 causados a favor de la demandante, la señora Rosa Marina de Pablos Camacho.
  18. Se condene a las demandadas a todo lo que pueda resultar acreditado ultra y extra petita de los hechos discutidos y probados en el presente juicio.
  19. En caso de oposición se condene a las demandadas al pago de costas del proceso y agencias en derecho.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contesto la demanda: Porvenir S.A: (fl.1 “007.contestacion 2020-363 porvenir.pdf”) y Colpensiones (fl.1”010contestacion Colpensiones.pdf”) de acuerdo al auto del 13 de noviembre de 2020, se oponen a las pretensiones de la demandante y propone

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 31 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 30 de junio de 2021, **DECLARÓ** la nulidad del traslado de régimen de Rosa Marina de Pablos Camacho del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. **CONDENÓ** a la demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A., a trasladada a la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones, la totalidad de sumas de dinero recibidas de la demandante por concepto de aportes, junto con sus intereses y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración o seguros. **CONDENÓ** a la demandada, administradora colombiana de pensiones –Colpensiones, a recibir a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen. **CONDENÓ** a la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones a que una vez la demandante acredite el retiro del sistema, reconocer la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la ley 100 del 93. **CONDENÓ** al pago de costas y agencias en Derecho a la parte demandada, sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A., en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Manifiesta que las consideraciones efectuadas por la falladora de primera instancia a efectos de declarar la ineficacia del traslado de régimen, si bien se ajustaron a la línea jurisprudencial que en sede de casación se ha emitido por la sala laboral respecto a la el análisis de la ineficacia del traslado del régimen, dice que frente al caso en particular, la aplicación de esa línea jurisprudencial y el traslado, que se realiza total, de la carga probatoria a cargo de Porvenir, no debió realizarse de manera completa teniendo en cuenta que al momento de efectuar el traslado de régimen, la parte actora no renunció a ningún beneficio pensional o no perdió ningún tipo de beneficio pensional que pudiera determinar que se afectó su situación pensional a un futuro, como sí ocurre bajo los supuestos fácticos que se analizan en esa línea jurisprudencial, marcado como doctrina legal probable.

Aclara que la demandante, al momento de realizar su traslado de régimen, frente a la densidad de semanas que tenía cotizadas, al no estar renunciando a ningún tipo de beneficio pensional, como lo podría ser:

Ser beneficiaria del régimen de transición o tener expectativas legítimas, en ese momento, se veía incurso a pensionarse bajo las modalidades y requisitos que la ley 100 de 1993 consagró con su entrada en vigencia, es decir, tenía la opción de continuar en Instituto de Seguros Sociales o trasladarse de régimen, en el tiempo que la ley le permitía. Expresa que así lo realizó al momento de suscribir el formulario de afiliación. Señala que consta que existió una asesoría previa al momento de trasladarse de régimen, pero que dentro del formulario de afiliación no se plasmaba toda la información que se le daba al afiliado en esta primera etapa del deber de información, porque no era exigida por la ley. Menciona que el promotor, que se describe en el formulario de afiliación, era el encargado de realizar la asesoría frente a las características de los regímenes pensionales.

Indica que no es pertinente que una afiliación acaecida hace más de 20 años, promueva la parte actora una demanda judicial alegando una falta de información, cuando por más de todo este tiempo tuvo la intención de permanencia y de conocer el régimen de ahorro individual frente a los diferentes canales de información. En ese sentido expresa, la primera etapa del deber de información frente a pronunciar pérdida de beneficios pensionales, como de características de los regímenes pensionales que, en su momento se preveía, fueron cumplidas por parte de Porvenir al momento de trasladarse de régimen la parte demandante.

### **Gastos de administración**

Frente a condenar a Porvenir a la devolución de los gastos de administración, dice que representa, dejar de lado lo que la misma ley 100 de 1993 consagró en facultar a las administradoras de pensiones, no solamente del régimen de ahorro individual, sino también del régimen de prima media, a generar estos cobros por gastos de administración, frente a la gestión que realizaron durante su tiempo de vinculación del afiliado.

Refiere que el artículo 13 del literal Q y el artículo 20 facultan esta situación y menciona que durante el tiempo de vinculación de la parte demandante, se puede ver una buena gestión realizada por Porvenir en un aspecto en generar rendimientos positivos en la cuenta de ahorro individual de la parte actora, rendimientos que claramente no hubieran sido proporcionados del igual incremento en el régimen de prima media.

Señala que en ese sentido existe una gestión positiva realizada por parte de la administradora del RAIS. Por otra parte, frente al pago de primas de seguro por

aseguradora correspondiente. Reitera que existe un reconocimiento de buena gestión frente a esos gastos de administración y la condena a esos rubros representa, un detrimento en el patrimonio económico de Porvenir, frente a que esas primas de seguros fueron ya destinadas o pagadas a la aseguradora correspondiente y son rubros que ya no hacen parte dentro del patrimonio económico.

Por lo anterior, solicita a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se sirva revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho, y en su lugar, absuelva a Porvenir de las condenas de las que fue incurso.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Interpone recurso de apelación, en el sentido de establecer que, a la señora Rosa Marina de Pablos Camacho, no le existiría el derecho de reintegrarse al régimen de prima medida por las consideraciones previstas del artículo 2° de la Ley 797 del año 2003, al encontrarse a menos 10 años para adquirir la categoría de pensión. Asimismo indica que de acuerdo con lo manifestado dentro del interrogatorio, no se observan vicios de consentimiento, que permitieran, claramente definir, que su afiliación al RAIS presta méritos para declarar su nulidad.

Ruega al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, tener de presente que la aquí demandante, en consideración al margen de tiempo que se han encontrado plenamente vinculada al RAIS, ha dejado una señal limpia y clara de su intención de permanecer bajo la cobertura de este sistema, con todo lo que ello implica, dilucidando todo campo de incertidumbre en cuanto a controvertir su afiliación la entidad inicial y posteriormente a Porvenir. Refiere lo anterior a lo resaltado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 413 del año 2018.

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Rosa Marina De Pablo Camacho** el día 1 de septiembre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM. **3.** Si es procedente o no el reconocimiento pensional.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media

con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir el 1 de septiembre de 1996 con efectividad a partir del 1 de noviembre de 1996 (fl.1 "007.contestacion 2020-363 porvenir.pdf" pagina 69).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se

lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA apporto: Certificado SIAFP, formulario de vinculación, copia comunicado de prensa El Tiempo, concepto Superintendencia Financiera de enero de 2020, copia respuesta emitida simulación pensional del 5 de mayo de 2020, copia respuesta de radicado de rad N°0100222107517400, copia del certificado de vinculación, relación de aportes, histórico movimientos CAI, historia laboral, historia laboral OBP, copia bono pensional emitido.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de septiembre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117,

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 1 de septiembre de 1996, la demandante tenía 669 semanas (fl.1 "007.contestacion 2020-363 porvenir.pdf" página 128), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 24 de julio de 1963 – fl.1"004.CorreoconSubsanacionDemanda.pdf" página 62) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2020 (Actualmente ha cotizado más de 2027 semanas fl.1 "007.contestacion 2020-363 porvenir.pdf" página 128), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP Porvenir S.A.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir, en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentada por la AFP Porvenir S.A.

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A., conforme a que el promotor de la época brindo la asesoría frente a las características de los regímenes pensionales, pero que no quedó plasmado en el formulario de afiliación porque no era una obligación para en ese tiempo, y que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y por tanto no*

*se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

Conforme el punto de apelación de la demandada Colpensiones, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...)Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)"*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Rosa Marina De Pablo Camacho** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A el 1 de septiembre de 1996.

#### **RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ:**

Ahora bien, el Juez de instancia condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor del demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la ley 100 de 1993.

Teniendo en cuenta lo anterior, es del caso resaltar que, solo será objeto de estudio por parte de la accionada **COLPENSIONES** el reconocimiento de la pensión de vejez, cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la historia laboral detallada así como la totalidad de los aportes del demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que si bien dentro del RPM es menester exigir para el reconocimiento de cualquier prestación el retiro del sistema previamente por parte del afiliado, lo mismo ocurre en el caso bajo estudio, pues es indispensable que los aportes del afiliado se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, a efectos que Colpensiones pueda analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra el demandante.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES respecto del reconocimiento de la pensión de vejez, a favor de la aquí demandante.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a la apelante AFP Porvenir S.A. habrá lugar a condenarla en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES respecto del

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la decisión de primera instancia, sentencia proferida el 30 de junio de 2021 por el juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las parte demandada AFP Porvenir S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503120200036301)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503120200036301)

Aclaro voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503120200036301)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación Nro. 18-2019-283-01**

Bogotá D.C., 30 de noviembre de dos Mil Veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **DENIS BERMÚDEZ GUTIÉRREZ**  
DEMANDADO: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES**  
ASUNTO : **APELACIÓN (demandado)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 18° Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de julio de 2.021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante y demandada presentaron alegatos de conclusión, de acuerdo al auto del 05 de octubre de 2021.

**I. ANTECEDENTES**

La señora **DENIS BERMÚDEZ GUTIÉRREZ** instauró demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (folios 2 a 4 del expediente):

1. Declarar que COLPENSIONES debe reconocer y pagar a **DENIS BERMÚDEZ GUTIÉRREZ** la pensión de sobrevivientes que le corresponde, en su calidad de cónyuge sobreviviente de RAMÓN HERAZO PALACIO (Q.E.P.D.), a partir del 14 de octubre de 2018, con los reajustes de ley y mesadas adicionales.

2. Condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar a **DENIS BERMÚDEZ GUTIÉRREZ** la pensión de sobrevivientes que le corresponde, en su calidad de cónyuge sobreviviente de RAMÓN HERAZO PALACIO, (Q.E.P.D.), con los reajustes de ley y mesadas adicionales.
3. Condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar a **DENIS BERMÚDEZ GUTIÉRREZ** los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 14 d octubre de 2018 y hasta la fecha en que se verifique el pago total de las mesadas adeudadas.
4. Condenar a COLPENSIONES a todos los derechos a favor de la demandante que se encuentren dentro de las facultades Ultra y Extra petita del Juez.
5. Condenar a COLPENSIONES a pagar las costas del proceso.
6. Como pretensión subsidiaria: En caso de no acceder a la 3ª pretensión, subsidiariamente se solicitó que las mesadas pensionales sean debidamente indexadas.

COLPENSIONES contestó la demanda (folio 25 a 28 del expediente) de acuerdo a auto visible a folio 34 del expediente, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso excepciones de mérito

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

**EL JUZGADO 18° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, en sentencia del 7 de julio de 2021, condenó a la demandada, Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, a pagar a favor de la demandante, DENIS BERMÚDEZ GUTIÉRREZ, la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte de su esposo, RAMÓN HERAZO, a partir del día 14 de octubre de 2018, en cuantía no inferior al salario mínimo legal mensual vigente para ese año, por 13 mesadas pensionales al año, junto con los aumentos legales. En igual sentido condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el día 14 de octubre de 2018 y hasta que se incluya en nómina de pensionados a la demandante, declaró no probada la excepción de prescripción y se relevó del estudio de las demás, condenó en costas a la Administradora Colombiana de Pensiones, señalando como agencias en derecho la suma de \$1'200.000 que deberá pagar a la demandante y concedió el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en caso de que no fuese apelada la decisión.

## III. RECURSO DE APELACIÓN

**Apelación parte demandada – COLPENSIONES.**

Presenta recurso de apelación contra la providencia, considerando que al causante, en el año 2014, antes de su deceso, se le había otorgado la indemnización sustitutiva de vejez y que, atendiendo a que dicha indemnización se presenta una incompatibilidad con la pensión de sobrevivientes, por ello no es dable acceder al reconocimiento de aquella. Aduce que al reconocerse la mencionada pensión se estaría en contravía de los lineamientos legales y se estaría presentando un desborde económico para COLPENSIONES y los recursos de los aportantes a Seguridad Social.

Solicita que sea revisada la sentencia proferida por el *A-quo* en razón a la incompatibilidad de la pensión de sobrevivientes con la indemnización sustitutiva de vejez

#### **IV. CONSIDERACIONES**

##### **Fácticas y Jurídicas:**

El problema jurídico se centra en determinar si: Con base en el material probatorio recaudado es procedente reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la Señora DENIS BERMÚDEZ GUTIÉRREZ, en calidad de cónyuge supérstite del señor RAMÓN HERAZO habiendo antecedido una indemnización sustitutiva por vejez.

##### **Del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes antecedido por la indemnización sustitutiva de vejez:**

Sea lo primero señalar que la Señora DENIS BERMÚDEZ GUTIÉRREZ fue cónyuge del Señor RAMÓN HERAZO PALACIO, que contrajeron matrimonio en el año 1965 (conforme a folio 17 del expediente, Registro de Matrimonio) y que fruto de dicha relación hay 5 hijos, que la señora demandante tuvo vida marital con el causante y convivieron juntos por un periodo mucho mayor a 5 años, pues tales hechos no fueron objeto de inconformidad por las partes, así como tampoco que el Señor RAMÓN HERAZO PALACIO falleció el 14 de octubre de 2018 (folio 16, Registro Civil de Defunción). Teniendo en cuenta lo anterior, sea de resaltar que la norma aplicable para definir el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada corresponde a los artículos 12 y 13, numeral segundo de la Ley 797 de 2003, que a su vez modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Respecto a objeto del recurso de alzada interpuesto por la demandada, Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES es preciso, en primer lugar, verificar si conforme al material probatorio obrante en el expediente se puede colegir que se dieron los presupuestos necesarios para acceder a la pensión de

sobrevivientes que se debate; se tiene que los requisitos que se deben acreditar para acceder a la pensión de sobrevivientes son haber cotizado, como mínimo, 50 semanas dentro de los tres últimos años anteriores al fallecimiento del causante; situación que, como obra en documento SUB28600 (folio 12 del expediente), sí se presentó, por cuanto el Señor RAMÓN HERAZO PALACIO, cotizó un total de 154,44 semanas durante los tres años anteriores a su muerte, según se reporta en el historial de cotizaciones (folio 12 del expediente) y la contestación de la demanda (folio 25).

Conforme a lo anterior, es claro determinar que el señor RAMÓN HERAZO sí dejó cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Frente a la acreditación de la Señora DENIS BERMÚDEZ GUTIÉRREZ como beneficiaria de dicha pensión no es necesario realizar mayor análisis por cuanto es claro que la misma, al acreditar haber sido cónyuge del causante, conforme obra en la documental allegada en folios 17 del expediente y declarativas obrantes en folios 9, 10 y 11 del mismo, se tiene que cumple las condiciones dadas por el artículo 13, literal “a” de la Ley 797 de 2003, modificatoria del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Ahora bien, COLPENSIONES manifiesta que al haber reconocido y pagado indemnización sustitutiva de vejez al causante el 14 de marzo de 2014 se presenta incompatibilidad al reconocer la pensión de sobrevivientes y un desborde económico a la entidad; en razón a ello es de resaltarse que, la Corte Suprema de Justicia en casos similares ha dispuesto que no hay razón para estimar que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez configure un obstáculo para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por cuanto lo que se cubre con cada una de estas son contingencias distintas y lo que se debe verificar, en casos como el presente, es el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 para dicha prestación, en ese sentido la Corte ha señalado en Sentencia SL4395 de 2021 (Rad. 83162) lo siguiente:

*(...) “puede señalarse entonces que (i) las normas que rigen el actual Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no prevén que el pago de una indemnización sustitutiva de vejez sea motivo suficiente para excluir a una persona del propio sistema, (ii) esta prestación subsidiaria y la pensión de invalidez cubren riesgos sustancialmente distintos y son financiadas de forma diversa, de manera que la entrega de la primera no debe impedir el reconocimiento de la segunda, y (iii) esta interpretación es la que mejor se acompasa con los principios que gobiernan el derecho de la seguridad social, toda vez que si una persona cuenta con capacidad de pago y puede aportar al sistema (ya no por el riesgo de vejez, pero sí para los de invalidez, muerte o laborales) debe hacerlo.” (Sentencia CC T-036 de 2021) (Subrayado fuera del texto)*

En relación a lo anterior, y reiterando jurisprudencia ya decantada por la Corte Suprema de Justicia referente al tema, una vez haya sido reconocida una

indemnización sustitutiva de vejez no puede colegirse que en razón a esta los beneficiarios de dichas prestaciones renuncian al cubrimiento de esas contingencias, es por ello que no se impide al afiliado seguir cotizando al sistema, si su situación fáctica lo permite.

Para el caso que nos ocupa, si bien se otorgó indemnización sustitutiva de vejez, el afiliado continuó cotizando para cubrir aquellas otras contingencias que el sistema prevé, como la muerte; referente a ello se tiene que para la liquidación de la pensión de sobrevivientes no se pueden tener en cuenta las semanas de cotización que se usaron para otorgar la indemnización sustitutiva, por cuanto tal circunstancia está prevista en el artículo 6° del Decreto 1730 de 2001. En esa norma se expone el carácter de incompatibilidad, pero cabe precisar que la norma se refiere a la incompatibilidad respecto de las pensiones de vejez e invalidez, no hace alusión alguna a la pensión de sobrevivientes (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1 de diciembre de 2009, Radicación 35413) que es el objeto de debate.

Por consiguiente, para la prestación de sobrevivientes basta con acreditar los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993; ha dicho la Corte, en sentencia SL11234 de 2015 (Rad. 45857) lo siguiente:

*“Al examinar la sentencia impugnada, encuentra la Corte que, en primer lugar, el Tribunal no incurrió en yerro jurídico al ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, no obstante haber encontrado acreditado que el causante en vida recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, toda vez que esta Sala ha resaltado que, a la luz de la filosofía y los principios del Sistema General de Seguridad Social, el reconocimiento que se haga de dicha indemnización no afecta la causación de la prestación de sobrevivientes, por cuanto se trata de dos beneficios legales diversos, que buscan amparar riesgos disímiles y, por tanto, se soportan en exigencias legales diferentes, por lo que nada se opone para que un afiliado, que no reunió en su momento los requisitos de la pensión de vejez y, por ello, se le cancele la citada indemnización, pueda seguir como asegurado del sistema pensional para otro tipo de contingencias y, con ello, genere las respectivas prestaciones económicas.”*

*“En efecto, en la sentencia CSJ SL, 27 ago. 2008, rad. 33885, sobre este punto particular, esta Sala asentó:*

*(...) “como lo tiene adoctrinado esta Corporación, la circunstancia de que el afiliado haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, para el caso la prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, no impide que éste o sus derechohabientes se beneficien de una pensión distinta al riesgo de vejez, como sería el caso de la pensión de sobrevivientes que se causa es por la muerte del asegurado, eso sí siempre y cuando se reúnan los requisitos legales exigidos para esta precisa contingencia.*

*Lo dicho quiere decir, que un afiliado que no cumple con las exigencias para acceder al otorgamiento de una prestación por vejez, pudo dejar causado el derecho a favor de sus causahabientes a una pensión de sobrevivientes, cuyo riesgo se repite es diferente aunque pertenezca al mismo seguro de I.V.M. o pensión, y como lo pone de presente la censura sus requisitos difieren entre uno y otro derecho pensional.”*

Conforme a lo anterior es claro que no existe incompatibilidad al reconocer la pensión de sobrevivientes si previo a esta se otorgó la indemnización sustitutiva de vejez, siempre y cuando, posterior al reconocimiento de aquella, se cumplió con los requisitos exigidos por la Ley para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Es de recordar que los beneficiarios de aquellas prestaciones son, a su vez, distintos; mientras que para la pensión de sobrevivientes los beneficiarios son los familiares del causante o afiliado, para la indemnización sustitutiva es el mismo afiliado (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL4395 de 2021. Rad. 83162).

Referente al desborde económico que COLPENSIONES resalta, cabe precisar que el Legislador ha establecido y prevenido circunstancias tales como las del presente caso en el entendido que se requiera un mínimo de semanas de cotización para poder cobijar las prestaciones que de cada contingencia se deriven, siendo la más larga la de vejez, pero que refiriéndose a la de muerte, prestación de sobrevivientes, se prevé que es suficiente con que el afiliado haya demostrado un mínimo de semanas cotizadas para que, acorde a la distribución de los aportes en el fondo propio y común se pueda permitir cubrir cada una de dichas contingencias, es por ello que en la jurisprudencia ya citada y como se concluye, basta con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 para poder acceder a las prestaciones que en la misma se determinan

En atención a lo expuesto es de reconocer que, en el caso *sub lite* se dieron los presupuestos necesarios para reconocer la pensión de sobrevivientes a la demandante, así como surtidos y consultados lo lineamientos jurisprudenciales decantados se puede concluir que no existe incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de vejez y la pensión de sobrevivientes para este particular, así como tampoco se configura un desborde económico dadas las fuentes de financiación y el tiempo de cotización que se tiene en cuenta para determinar la liquidación de pensión de sobrevivientes, es por ello que se deberá RECONOCER y PAGAR la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante.

## **COSTAS,**

sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia el día 7 de julio de 2021 por el juzgado 18 Laboral del circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501820190028301)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501820190028301)



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501820190028301)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Ponente**

**Radicación 2021-01527-01**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: JHONY LEON OTERO**  
**DEMANDADO: MEDIMAS EPS**  
**ASUNTO : APELACIÓN (Demandada)**

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral a fin de resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, contra la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el 31 de julio de 2020.

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir conforme a los siguientes:

**I. ANTECEDENTES**

El señor JHONY LEÓN OTERO, obrando a nombre propio, presento ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, en desarrollo de su función jurisdiccional, solicitud de pago por parte de **MEDIMAS EPS**, la suma de \$81.748.067 por concepto de gastos en que incurrió por concepto de compra del medicamento LENVATINIB Cápsula 4 mg y 10 mg, durante los meses de noviembre y diciembre de 2017 y febrero de 2018, prescrito por su médico tratante, ordenados en fallo de tutela y no entregados por la EPS.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: Que tiene 56 años de edad, cotizante del régimen contributivo, afiliado a la EPS MEDIMAS, con diagnóstico de Carcinoma de tiroides metastásico yodo refractario desde hace 3 años a quien se le han realizado las siguientes intervenciones terapéuticas: en

agosto de 2015 tratamiento quirúrgico, de septiembre de 2015 a junio de 2016 yodoterapia para manejo de enfermedad. En el año 2017 quimioterapia con Soranfenib 800 mg, de julio a septiembre de 2017 Quimioterapia de 4 ciclos con Pembrolizumab. El 25 de octubre de 2017 el actor es valorado en el Instituto Nacional de Cancerología por el Oncólogo Jairo Andrés Zuluaga León, quien le prescribe de acuerdo a la evidencia científica disponible, el medicamento vital no disponible Lenvatinib 24 mg al día por 90 días.

Manifiesta que el medicamento ordenado por el médico tratante competente basado en la evidencia científica disponible como única opción disponible a su condición clínica, a su vez que el paciente no contaba con los recursos económicos para asumir la adquisición a título personal, por lo que instauró una acción de tutela ante el Juez Penal Municipal el 05 de diciembre de 2017 pretendiendo la entrega inmediata del medicamento en mención y tratamiento integral, solicitud que fue concedida mediante providencia del 18 de diciembre de 2017 ordenando a MEDIMAS EPS a la expedición de las autorizaciones requeridas y el suministro del medicamento Lenvatinib cápsulas de 4 y 10 mg y 24 mg.

Que el 23 de mayo de 2018, la empresa mexicana Medikament Pharmacy certifica que el señor Johny León Otero canceló la totalidad de USD 27.500,22 por cuatro (4) cajas de Lenvima 24mg C/90 CAP con número de registro EAN 362856724302 en tres periodos de noviembre, diciembre de 2017 y febrero de 2018, adjuntando para el efecto certificación de pago.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Tramitada la instancia, mediante providencia del 31 de julio de 2020, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, **ACEDIÓ PARCIALMENTE** a la pretensión formulada por el señor JOHNY LEÓN OTERO, en contra de MEDIMAS EPS.

**ORDENÓ** a MEDIMAS EPS, reconocer y pagar a favor del señor Johny León Otero la suma de \$37.388.428, en el término de 5 días, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la determinación, la apoderada de la demandada impugnó la decisión de primera instancia, solicitando se revoque en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que una vez examinado el caso

del señor Johny León Otero, resaltar que trabajó para MEDIMAS EPS del 09 de mayo de 2019 al 09 de marzo de 2020, ocupando el cargo de Gerente Regional de Cúcuta, por lo que a su consideración, resulta extraño que no procediera a radicar la solicitud de reembolso, ya que el cargo que ocupaba es necesario tener claro los procedimientos que se tiene ante la EPS, entre otros, el trámite de reembolsos o reclamos.

Así pues, afirma que ostentando el cargo de Gerente, debía no solo conocer los procedimientos establecidos por la Compañía para tramitar, en ese caso, la solicitud de reembolso, sino que directamente tenía a su disposición toda la estructura administrativa para garantizar la prestación de los servicios que demandaba su salud; pudiendo para el efectos, gestionar de manera prioritaria y oportuna los servicios, consultas, procedimientos y entregas de medicamentos que requiriese.

**a) Improcedencia de la solicitud de reembolso prestado por el demandante – inexistencia de radicación previa, desconocimiento de la normatividad vigente:**

Indica que de conformidad con el Art. 14 de la Resolución 5261 de 1994, resulta evidencia que existe lugar al reembolso cuando se ha radicado y soportado la solicitud de reembolso dentro de los términos legales indicados por la norma. Sin embargo, a lo largo del proceso jurisdiccional y contrario a las conclusiones de la Superintendencia Nacional de Salud en el fallo atacado, la EPS nunca tuvo conocimiento del reembolso solicitado por el actor, ya que en ningún momento radicó la documentación requerida para su análisis de procedibilidad y conforme los términos que prescribe la disposición regulatoria.

Reitera que le parece curioso, que el demandante siendo parte de MEDIMAS EPS y teniendo total conocimiento de cómo funciona todo el proceso en una EPS no realizara la debida solicitud de reembolso ante la EPS, quitándole la oportunidad procedimental para analizar el caso de la solicitud de reembolso y abalizar la procedencia del reconocimiento.

En ese orden de ideas concluye:

1. MEDIMAS EPS, para la época de los hechos fungiendo como asegurador del servicio de salud para el señor Johny León Otero, NO actuó de manera negligente o injustificada, frente a los servicios demandados por el usuario.

2. El señor Johny León Otero no radicó por ningún medio disponible, la solicitud de reembolso, la cual está ahora solicitando por medio de la presente demanda.
3. En el expediente no existe prueba alguna sobre la radicación presentada ante la EPS, haciendo nugatorio el trámite establecido en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, fundamentándose así la sentencia proferida en un flagrante desconocimiento de la normatividad que gobierna el SGSSS.

Ahora, conforme la relación de servicios prestados al demandante visible a folios 147 vuelto a 149 vuelto, el actor se ha encontrado habilitado para acceder a los servicios de salud, a través de la red de servicios de salud contratada por MEDIMAS EPS, máxime considerando que el señor Johny León Otero ostentaba el cargo de Gerente Regional de Cúcuta, lo que lo colocaba incluso de una posición mucho mas preferente para gestionar los servicios que requería de manera oportuna.

Manifiesta que, si bien los usuarios gozan del derecho a la libre escogencia de la EPS, de acuerdo con lo preceptuado en el Art. 2.1.7.1 del Decreto 780 de 2016, una vez los servicios de salud se encuentran garantizados por la aseguradora de su elección, la cobertura es brindada directamente a través de la red de servicios contratada por la EPS en la jurisdicción de operaciones.

En ese orden de ideas, señala que el caso bajo examen se presenta un claro desconocimiento de las normas del SGSSS, lo cual evidentemente perjudica a la EPS, ante una orden de reembolso que como reitera, carece de legalidad.

En consecuencia, indica que la Superintendencia Nacional de Salud esta vulnerando el derecho fundamental al debido proceso y de defensa de la accionada, al omitir dar aplicación a la disposición normativa establecida en el artículo 14 de la resolución 5261 de 1994, en tanto que la EPS demandada procedió a autorizar y garantizar a través de su red prestadora de servicios requeridos por el usuario.

**b) Situación particular de entrega del medicamento – permiso de importación, medicamento LENVATINIB VITAL NO DISPONIBLE Y SIN REGISTRO SANITARIO:**

Conforme lo establecido en el Art. 2° del Decreto 0481 de 2004, un medicamento vital no disponible es aquel, que pese a ser indispensable para un tratamiento, no está disponible en el país para su comercialización, siendo obligatorio realizar un proceso de autorización ante el INVIMA.

No obstante, en sentencia del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Sistema Oral – Yopal, Casanare, del 20 de agosto de 2020, dentro del proceso No. 85001333-002-2020-00092-001 relacionado en un caso similar al que nos ocupa, se aclaró por el INVIMA que el medicamento LENVATINIB (LENVIMA) se encuentra incluido en normas farmacológicas y por lo cual procede la gestión con el fabricante como donación (Decreto 218 de 2019) para que bajo condiciones controladas dispensen el medicamento, trámite que igualmente se debe surtir ante el INVIMA.

## II. COMPETENCIA

El artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, concede funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para conocer y fallar en derecho, en primera y única instancia, con carácter definitivo con las facultades propias de un juez. Así mismo, establece que el recurso de apelación ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate.

En consecuencia, corresponde a la Sala Laboral de esta corporación el pronunciarse sobre la azada, de acuerdo con las siguientes:

## III. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

Observa la Sala, que el señor JHONY LEON OTERO, acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se definiera en su favor el reconocimiento y pago del medicamento Lenvatinib cápsulas de 4 y 10 mg y 24 mg.

En aras de definir la controversia, cabe indicar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Constitucional, ha señalado el carácter de fundamental y autónomo del derecho a la salud, que se encuentra en conexidad con otros derechos fundamentales y radica en cabeza de todas las personas en general debiendo ser protegido y garantizado por el estado.

El artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, establece a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS, el cumplir con las funciones del aseguramiento en salud, entre los que se encuentra la garantía y acceso efectivo y con calidad a los servicios en salud, debiendo asumir el riesgo transferido por usuario.

**ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO.** *Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la*

*representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.*

*Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.*

Igualmente, deben cumplir con los principios establecidos en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, garantizando entre otros la accesibilidad al servicio de salud, su prestación oportuna y sin retrasos que pongan en riesgo la vida o la salud de los usuarios y a la continuidad en el tratamiento que reciben. (Artículo 3 Decreto 1011 de 2003)

Frente a la vulneración del derecho a la salud, por el no acceso oportuno a los servicios, el máximo Tribunal constitucional, en sentencia T 012 del 14 de enero de 2011, señaló:

“(…)

4.2. *Específicamente sobre el derecho a acceder a los servicios de salud en forma oportuna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que se vulneran los derechos a la integridad física y la salud de una persona cuando se demora la práctica de un tratamiento o examen diagnóstico ordenado por el médico tratante. Esta regla ha sido justificada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-881 de 2003,[\[14\]](#) en la cual se dijo:*

*"Ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, que el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. El sentido y el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico, también ha sido fijado por la jurisprudencia como requisito para garantizar por igual el derecho a la salud y la vida de los pacientes. Se reitera entonces, que las instituciones de salud no están autorizadas para evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre al paciente que acredita y prueba una urgencia vital y la necesidad de un tratamiento médico como en este caso."[\[15\]](#)"*

Ahora bien, respecto al trámite de los reembolsos, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, consagra:

**ARTICULO 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 I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, **negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.***

*La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga 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.”*

A su vez, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, otorga a la Superintendencia Nacional de Salud, la facultad de conocer y fallar con carácter definitivo, los asuntos referentes al reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado 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.

A su turno, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 faculta a los usuarios del Subsistema General de Seguridad Social en Salud que a través de un procedimiento judicial, preferente y sumario, se reclame el reembolso de los gastos médicos que hayan hecho por su cuenta.

Bajo tales presupuestos, procede el reembolso por parte de las EPS a un afiliado de los gastos en que hubiera incurrido, en los siguientes casos:

1. Atención médica de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS.
2. Cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica.
3. En caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

A efectos de resolver los motivos de inconformidad planteados, corresponde a la Sala comenzar por indicar que no fue objeto de discusión entre las partes y se determina con el material probatorio allegado al proceso, la condición de afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a MEDIMAS EPS.

En ese sentido, al tema del derecho a la salud y su relación con el suministro oportuno de medicamentos y la obligación de la EPS de hacer entrega de medicamentos sin dilaciones injustificadas.

Conforme la sentencia T 098 de 2016, se reconoce que la dilación injustificada en el suministro de medicamentos, por lo general implica que el tratamiento ordenado al paciente se suspenda o no se inicie de manera oportuna y en esa medida se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida del usuario. Por ello, la entrega tardía o inoportuna de los medicamentos desconoce los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud.

Aunado a lo anterior, la obligación de entrega de medicamentos de forma oportuna y eficiente ha sido objeto de desarrollo normativo, conforme lo dispone el Art. 131 del Decreto – Ley 019 de 2021:

**ARTÍCULO 131. SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS.** *Las Entidades Promotoras de Salud tendrán la obligación de establecer un procedimiento de suministro de medicamentos cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados, a través del cual se asegure la entrega completa e inmediata de los mismos.*

*En el evento excepcional en que esta entrega no pueda hacerse completa en el momento que se reclamen los medicamentos, las EPS deberán disponer del mecanismo para que en un lapso no mayor a 48 horas se coordine y garantice su entrega en el lugar de residencia o trabajo si el afiliado así lo autoriza.*

*Lo dispuesto en este artículo se aplicará progresivamente de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social, dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto, iniciando por los pacientes que deban consumir medicamentos permanentemente.*

En consecuencia, es claro que tanto la jurisprudencia constitucional como la normativa que regula la materia, reconocen que una de las obligaciones correlativas al derecho fundamental a la salud, es el suministro de los medicamentos de manera oportuna, eficiente, integral y continua, con el fin de eliminar barreras que impidan su acceso.

Así las cosas, conforme el material probatorio obrante en el plenario, se tiene que el señor Jhony León Otero le fue diagnosticado cáncer de tiroides, por lo que su médico tratante además de prescribirle el medicamento Lenvatinib cápsulas de 4 y 10 mg y 24 mg, haciendo aclaración de nota en su historia clínica “paciente sin opciones terapéuticas autorizadas por entes regulatorios en Colombia, desea asumir tratamiento Lenvatinib”, y diligenciamiento de formato Mipres el 11 de

noviembre de 2017, para el tratamiento de su enfermedad de cáncer de Tiroides YodoRefractario, tal y como se observa en nota aclaratoria de historia clínica y fórmula médica. Así mismo, se observa que a favor del demandante existe fallo de tutela del 18 de diciembre de 2017, proferido por el Juzgado 60 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, por lo que MEDIMAS expidió las autorizaciones requeridas y suministro del medicamento Lenvatinib Cápsula 4 mg y 10 mg, dosis diaria 24 mg, en los términos, cantidad, periodicidad y condiciones dadas por el médico tratante, esto con ocasión de la patología de Cáncer de Tiroides y YodoRefractario que padece el actor. Sin embargo, afirma el demandante el medicamento no le fue suministrador durante los meses de noviembre y diciembre de 2017 y febrero de 2018, por lo que debió adquirirlo con sus propios recursos, a través de una empresa mexicana, allegando las facturas y certificación expedida por Medikament Pharmacy.

Ahora, respecto del argumento expuesto por el recurrente, relativa a que no reposa radicación previa, conforme lo dispone el Art. 14 de la Resolución 5261 de 1994, la Sala encuentra infundado dicho argumento, como quiera que de conformidad con la documental visible a folio 26 a 32, se acredita que el **demandante radicó el 14 de noviembre de 2017**, la epicrisis y la fórmula médica del medicamento Lenvatinib Cápsula 4 mg y 10 mg, dosis diaria 24 mg, junto con el formulario MIPRES, diligenciado por el oncólogo tratante, ante MEDIMAS EPS, por otro lado, reposa documental a folio 121 mediante la cual el demandante solicita el reembolso del medicamento tantas veces mencionado ante la EPS demandada, sin que haya sido resuelto alguna solicitud, aunado al hecho que MEDIMAS EPS desacató el fallo de tutela antes mencionado, mediante el cual ordenó el suministro del medicamento objeto de reembolso.

En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta que conforme las pruebas que reposan en el expediente, se acredita que el demandante JHONY LEON OTERO asumió la compra del medicamento Lenvatinib Cápsula 4 mg y 10 mg, dosis diaria 24 mg, de acuerdo a la documental visible a folio 56 y 57, el cual fue prescrito por su médico tratante, por lo cual debían ser asumidos por la EPS, no por el afiliado, sin que sea de recibo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Teniendo en cuenta lo anterior, se despachan desfavorablemente las súplicas incoadas en el recurso de alzada, como quiera que el demandante, pese a haber ostentado el cargo de Gerente Regional de la EPS accionada, y tener conocimiento del trámite de reembolso de los medicamentos, contrario a lo afirmado por el impugnante, lo realizó conforme lo dispone el Art. 14 de la Resolución 5261 de 1994, de conformidad con la documental visible a folio 26 a 32 y 121 del expediente,

quedando acreditada la negligencia, en la cobertura del servicio de salud requerido por el demandante, conclusión a la que se arriba por cuanto quedo evidenciado que el diagnóstico de cáncer de tiroides yodo refractario que éste padece, exigía, tal y como fue ordenado por el oncólogo tratante del suministro de medicamento medicamento Lenvatinib Cápsula 4 mg y 10 mg, dosis diaria 24 mg, toda vez que resultó ser resistente al tratamiento con Yodoterapia, medicamento que a la fecha de su prescripción no se encuentra en el listado de vitales no disponibles; no obstante, como se afirma desde el líbello introductor, la EPS hizo caso omiso a su función como entidad aseguradora del afiliado, esto es, de remover todas las barreras y obstáculos que se presenten a fin de lograr la efectividad en el suministro del medicamento.

Finalmente, señala el recurrente que conforme lo establecido en el Art. 2° del Decreto 0481 de 2004, un medicamento vital no disponible es aquel, que pese a ser indispensable para un tratamiento, no está disponible en el país para su comercialización, siendo obligatorio realizar un proceso de autorización ante el INVIMA. No obstante, en sentencia del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Sistema Oral – Yopal, Casanare, del 20 de agosto de 2020, dentro del proceso No. 85001333-002-2020-00092-001 relacionado en un caso similar al que nos ocupa, se aclaró por el INVIMA que el medicamento LENVATINIB (LENVIMA) se encuentra incluido en normas farmacológicas y por lo cual procede la gestión con el fabricante como donación (Decreto 218 de 2019) para que bajo condiciones controladas dispensen el medicamento, trámite que igualmente se debe surtir ante el INVIMA.

La Ley Estatutaria 1751 de 2015 *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”*, estableció que el goce del derecho comprende el acceso a los servicios de salud de forma oportuna y eficacia y con calidad. Así mismo, dentro de sus elementos y principios, resaltó la disponibilidad de la prestación de los servicios, la accesibilidad en condiciones de igualdad y la interpretación de las normas vigentes de la manera más favorable para la protección del derecho a la salud del usuario.

En concordancia con lo anterior, el artículo 8° de la norma prevé la integralidad de los servicios, por lo que en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, debe entenderse que éste comprende todos los elementos esenciales para lograr el objetivo médico respecto de la necesidad de salud diagnosticada.

Por su parte el artículo 15 de la norma, establece unas excepciones respecto de los cuales no puede utilizarse los recursos públicos asignados a la salud, sin que esto implique afecten el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades huérfanas y raras, como los siguientes casos:

- a) Son destinados para fines cosméticos, no relacionados con la recuperación o el mantenimiento de la capacidad funcional o vital del paciente;
- b) No exista evidencia clínica sobre su seguridad y eficacia;
- c) No exista evidencia sobre su efectividad clínica;
- d) No haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Se encuentre en fase experimental;
- f) Los servicios tengan que ser prestados en otro país.

Igualmente, para facilitar el acceso de medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud, se estableció la plataforma tecnológica Mi Prescripción – MIPRES, concebida como una herramienta diseñada para prescribir servicios y tecnologías no incluidas de obligatorio cumplimiento para los usuarios del sistema de salud y que permite garantizar que las EPS e IPS, presten los servicios sin necesidad de la aprobación por parte de un Comité Técnico Científico.

Cabe precisar que de conformidad con lo previsto en el Decreto 2878 de 2012 y el Decreto 677 de 1995, los medicamentos comercializados y consumidos en Colombia, deben contar con el registro sanitario para ser utilizados en un tratamiento específico, esto es que deben ser autorizados por el INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA Y MEDICAMENTOS INVIMA, para indicaciones precisas, debiendo los profesionales de la salud por regla general prescribir medicamentos autorizados por dicho establecimiento público.

Excepcionalmente podrá autorizarse la entrega de medicamentos que no cuenten con el registro sanitario, en casos en los que éstos cuenten con la acreditación de la comunidad científica en relación a su idoneidad para tratar ciertas patologías (principio de evidencia científica), debiendo además cumplir con los requisitos para ordenar los medicamentos no incluidos en el Plan de Beneficios, por lo que no pueden autorizarse elementos experimentales cuyos niveles de calidad, seguridad y eficacia no estén claros.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias como la T-418 de 2011, precisó que el hecho de que un medicamento no estuviera autorizado por le INVIMA, no implicaba que tuviera un carácter experimental, sino que el registro

sanitario no había sido solicitado ante la autoridad competente, pues no podía considerarse en fase experimental, cuando se conocían sus efectos secundarios y se empelara frecuentemente por médicos, a pesar de ser novedoso.

Igualmente, en sentencias como la T- 105 de 2015, reiteró que el médico tratante es el responsable de determinar si se cuenta con la evidencia científica suficiente para proveer un medicamento sin registro sanitario por ser el idóneo para el tratamiento de la enfermedad, por lo que para controvertir su dictamen se requiere que medien argumentos científicos y clínicos que desvirtúen su valoración, por lo que no puede rechazarse per se el suministro de un medicamento por con contar con la aprobación del INVIMA, sino que deben proponerse fundamentos científicos que permitan concluir la existencia de otras alternativas clínicas para el tratamiento del paciente.

Ahora bien, de vieja data la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha fijado unas reglas para ordenar elementos, procedimientos no incluidos en el hoy denominado Plan de Beneficios en Salud, entre los que se encuentran:

- (i) Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico.
- (ii) Que la falta del servicio, tratamiento o medicamento, vulnere o amenace los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal.
- (iii) Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo grado de efectividad que el excluido del plan.
- (iv) Que el actor o su familia no tengan capacidad económica para costearlo. (T-760 de 2008),

Para el caso particular, de conformidad con la documental aportada, se evidencia que al actor le fue diagnosticado con: “Carcinoma de tiroides metastásico yodo refractario”, por su médico tratante el Dr. Jairo Zuluaga – Oncólogo, prescribiéndole específicamente en la fórmula médica visible a folios 17 y 42 a 47, No. AOG-PO3-F-01 del 17 de octubre de 2017 con sello del médico tratante especialista en oncología y en las órdenes clínicas expedidas por el Instituto Nacional de Cancerología ESE.

Así mismo, reposan a folios 48 a 51 formularios de MIPRES NO PBS, en el que se indica “Paciente con cáncer de tiroides yoforretractario en progresión, sin otras posibilidades terapéuticas”. De tal suerte que la falta del medicamento vulnera los derechos a la salud y la vida de la accionante, y conforme a las pruebas que

reposan dentro del plenario, no puede ser sustituido por otro medicamento incluido en el Plan de Beneficios.

De lo anteriormente expuesto, le asiste razón a la juez de instancia en su decisión de ordenar la aprobación y entrega del medicamento, tal y como consta de la fórmula médica, despachando desfavorablemente las súplicas incoadas por el apelante.

Bastan las anteriores consideraciones, para **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

**COSTAS.** Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la decisión proferida en primera instancia el 31 de julio de 2021 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, conforme las consideraciones que anteceden.

**SEGUNDO. NO CONDENAR** en costas en la alzada.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**DAVID A.J CORREA STEER**



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**