



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 16-2018-00501-01**

Bogotá D.C.; Septiembre veintidós (22) de Dos Mil Veinte (2020)

DEMANDANTE: **DAMIEL GONZÁLEZ CHINCHILLA**  
DEMANDADO: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES**  
ASUNTO: **RECURSO APELACIÓN DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de junio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 114 a 116), así como Colpensiones (folio 119 a 122) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) DAMIEL GONZÁLEZ CHINCHILLA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, debidamente sustentada como aparece a folios 2 y 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que el señor DAMIEL GONZÁLEZ CHINCHILLA le asiste el derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones, le reconozca, liquide y pague la pensión de sobreviviente, toda vez que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, con efectos retroactivos desde el 23 de octubre de 2007, fecha de deceso de su compañera permanente, la señora BLANCA CECILIA CABALLERO MOGOLLÓN.
2. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar al señor DAMIEL GONZÁLEZ CHINCHILLA la pensión de sobreviviente causada por el óbito de su compañera permanente BLANCA CECILIA CABALLERO MOGOLLÓN, junto con el retroactivo

pensional las mesadas dejadas de pagar desde el 23 de octubre de 2007, a la fecha que se dicte sentencia debidamente indexada.

3. Condenar a la demandada a pagar al demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 23 de octubre de 2007, hasta la fecha de pago.
4. Costas procesales.

**COLPENSIONES** contestó la demanda (fls. 62 a 67), de acuerdo al auto visible a folio 74. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 16° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 16 de junio de 2020, **Condenó** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar al demandante **DAMIEL GONZÁLEZ CHINCHILLA**, la pensión de sobrevivientes por la muerte de la afiliada **BLANCA CECILIA CABALLERO MOGOLLÓN**, a partir del 24 de octubre de 2007, en cuantía conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 48 de la misma norma, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, y los reajustes anuales de Ley que corresponden. **Condenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios conforme el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados a partir del 13 de noviembre de 2017 y sobre el valor de las mesadas que no son objeto de prescripción extintiva, intereses que se calcularán hasta el momento del pago de las respectivas mesadas que constituyen el retroactivo a favor de la parte demandante. Declaró probada la excepción de prescripción extintiva de las mesadas que se causaron hasta el 12 de septiembre de 2014, y declaró no probadas las demás excepciones propuestas. **Costas** a cargo de la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que los testigos no acreditaron realmente la condición de beneficiario del demandante, así como tampoco se acreditó la convivencia entre el demandante y la causante, toda vez que la testigo Stella Forero, manifestó entre otras cosas, que ella no tenía una relación con la causante, y no convivía cerca de la pareja, y que era una familiar relativamente del demandante, aclarando que incluso cuando el actor le manifestó a la testigo que iba a solicitar la pensión, le indicó que le hacía el favor. De entrada, se puede deducir que esa verdad podía estar parcializada en su testimonio, máxime cuando se le preguntó sobre situaciones concretas como el caso sobre el hijo, dijo que no recordaba, por qué no era cercana a la causante, pus la visitaba esporádicamente. Adicionalmente, cuando se le indagó sobre si había visitado a la causante en los últimos tiempos, manifestó que la había visitado en el último mes, y que el demandante se encontraba allí, situación que es completamente contraria a lo dicho por el mismo actor en interrogatorio de parte, quien manifestó que los últimos 3 meses de vida no

estaba en casa, pues estaba laborando en el Municipio de Chinauta, quien aparte mencionó en declaración extra juicio que la demandante dependía económicamente del actor, sin embargo contradice a lo que manifestó en su testimonio, que indicó que tenía una tienda del que obtenía ingresos, incluso para efectuar cotizaciones a pensión, con lo que acredita que ella acreditaba sola sus necesidades propias. A lo anterior, hay que sumarle lo dicho en interrogatorio de parte el demandante, quien dio cuenta que eventualmente pudo haber convivido con la demandante bajo el mismo techo, sin embargo no en calidad de compañeros permanente, toda vez que no supo datos exactos como la edad del hijo de la causante, con quien se supone que convivió alrededor de 9 años.

Por otro lado, resalta el hecho que el demandante nunca presentó en su casa paterna a la causante, incluso cuando visitaba su casa paterna no hacía mención de la existencia de la Sra. Blanca Caballero, sin dejar de lado que no sabe puntos exactos como quien pagó los gastos fúnebres de la causante, situación tan básica que la debería saber quien actúa como compañero permanente. Respecto del Registro Único de Afiliados que fue aportada, se registra que el actor esta afiliado en el régimen subsidiado desde el año 2004, y al tener la causante los recursos o capacidad de hacer aportes, no se refleja que haya afiliado al demandante como su beneficiario, a efectos de tener otro indicio en su calidad de beneficiario de la causante, por lo que no hay ninguna prueba documental, que acrediten si quiera la relación entre el demandante y la causante por los 9 años que duró dicha relación.

En lo que tiene que ver con el testimonio del señor Fabio Preciado, quien indicó que vivía relativamente cerca de la demandante, esto es, aproximadamente a 20 metros, es poco creíble su dicho, toda vez que es muy claro en manifestar los extremos de la relación, iniciando desde el año 1998, que perduró hasta el año 2007, fecha de fallecimiento de la causante. Adicionalmente, indicó que si bien conoce mas de 40 años al demandante, jamás conoció a la familia paterna del mismo, así como tampoco, vio que la causante tenía una tienda, viviendo a 20 metros de la casa de la Sra. Blanca. Por otro lado, señaló que si bien el demandante debía viajar constantemente por cuestiones laborales, también es cierto que indicó que el demandante siempre llegaba a su casa paterna, no a la casa de la causante.

Por su parte, el señor Melquiades González, si bien acredita la relación de hermano que tiene con el demandante, no evidenció absolutamente nada de la relación de convivencia del demandante con la causante, pues tan solo manifestó que imagina que eran compañeros porque él vivía en la casa de la causante, sin embargo, no se evidencia ninguna circunstancia que den cuenta de su dicho. De igual manera, el señor Ángel Martín, afirma tener certeza de la convivencia del demandante con la causante, sin embargo, afirmó que nunca entró a la casa, ni nunca los visitó, que el cree que eran compañeros porque el demandante siempre estaba en la casa de la causante, sin embargo tampoco se acredita que hayan sido compañeros permanentes, con ese ánimo de ayuda mutua y socorro, pues ninguno de esos testigos logró dar esa información.

Ahora, es mucho menos creíble lo manifestado por el señor Ángel César Arangón, toda vez que, tal y como lo indicó el Juez de instancia, no muestra credibilidad en el tiempo de convivencia de la pareja, pero adicionalmente, manifiesta claramente que él solo los vio dos o tres veces durante 10 años aproximadamente, que a pesar de que los vio, lo cierto es que no los vio como pareja, tanto es así, que tenía tanto desconocimiento de esto que ni si quiera se enteró del fallecimiento de la señora Blanca, sino que se enteró tiempo después por el dicho del demandante.

En ese sentido, es evidente que el demandante no probó ni con pruebas documentales, ni mediante los testimonios decretados, que realmente tuvo la calidad de compañero permanente de la causante, en ese sentido solicito se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y se absuelva a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas por el señor Daniel González.

**INTERESES MORATORIOS:** Solicita que en el evento en que se confirme la sentencia proferida en primera instancia, se reconsidere la condena impuesta por concepto de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues los mismos proceden en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, sin embargo, en el presente asunto, es evidente que no se da tal situación, toda vez que solo hasta el día de la sentencia se dio el reconocimiento de la pensión, por lo que no fue por negligencia de Colpensiones, máxime si se tiene en cuenta que la solicitud de reconocimiento de prestación se radicó el 12 de septiembre de 2017, y Colpensiones resolvió dicha solicitud a los 2 meses de radicada la solicitud, esto es, el 3 de noviembre de 2017, en ese sentido, no sería procedente la imposición de intereses moratorios, máxime al tener en cuenta que se ordenó la indexación de la tasa, según el índice de precios al consumidor, y la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL del 6 de septiembre de 2012 Rad. 39140 adoctrina la incompatibilidad de la condena de intereses moratorios, junto con la indexación.

No obstante la interposición del recurso de apelación, en atención a que la sentencia fue adversa a la entidad demandada, la Sala avocará su conocimiento en el **Grado Jurisdiccional de Consulta** de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, con fundamento en las siguientes,

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Si conforme al material probatorio recaudado el demandante DAMIEL GONZALEZ CHINCHILLA en calidad de compañero permanente de la causante acredita la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de la señora BLANCA CECILIA CABELLERO MOGOLLÓN.

### DE LA PROCEDENCIA DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES:

Sea lo primero indicar que, no es objeto de discusión que la señora BLANCA CECILIA CABELLERO MOGOLLÓN falleció el 23 de octubre de 2007, según se desprende del registro civil de defunción que milita folio 9, razón por la cual la norma aplicable para definir el derecho a la pensión deprecada corresponde al artículo 47<sup>1</sup> de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la **Ley 797 de 2003**, que establece como beneficiario de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando demuestre que hizo vida marital y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

<sup>1</sup> ) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.



de su fallecimiento, (Sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016, entre otras).

En el presente caso, lo primero que hay que advertir es que la señora BLANCA CECILIA CABELLERO MOGOLLÓN acredita un total de 939 semanas en toda su vida laboral, de los cuales, 57,14 semanas fueron cotizadas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento, esto es, 23 de octubre de 2004 al 23 de octubre de 2007, conforme el reporte de historia laboral que reposa en el expediente administrativo visible a folios 68 del plenario, cumpliendo de esta manera con el requisito de dejar causada la prestación.

Por otro lado, de acuerdo con la norma citada, para definir la titularidad del derecho es necesaria la comprobación de la convivencia efectiva entre la causante y el cónyuge y/o compañero permanente, dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento.

Respecto del requisito que deberá acreditar el demandante de convivencia con la causante por lo menos 5 años anteriores al fallecimiento de la señora BLANCA CECILIA CABELLERO MOGOLLÓN, punto central del recurso de apelación presentado por el recurrente. Sin embargo, el demandante afirma haber convivido con la causante por más de 10 años, comprendidos desde el año 1998 hasta el 23 de octubre de 2007, fecha de su fallecimiento.

Como prueba de lo anterior, el demandante allegó al plenario declaración extraprocesal rendida por la señora MARIA DERLY RODRIGUEZ MARTINEZ, quien declaró que conoció a la demandante porque compró la casa donde vivía, sin embargo, aclaró que la entrevistó una funcionaria de Colpensiones para preguntar acerca de la convivencia del demandante con la causante, a lo que le sugirió que interrogara a los vecinos quienes si podían darle información directa de la convivencia de la pareja (fl. 14).

Así mismo, se aportó declaración extra juicio del señor WILSON ENRIQUE PEREZ CABALLERO, quien indicó ser el hijo de la causante y por lo tanto, manifestó que le consta que el señor DAMIEL GONZALEZ convivió con la causante desde el año 1999 hasta el 23 de octubre de 2007, fecha de fallecimiento de la Señora Blanca Caballero (fl. 15).

Finalmente, se aportó declaración extra juicio de los señores Estela Forero Vanegas y Fabio Preciado Camacho, quienes indicaron que conocieron al demandante y a la causante, por mas de 40 años, y quienes convivían en unión libre en la ciudad de Girardot, desde el 23 de octubre de 1998, compartiendo techo, lecho y mesa hasta el 23 de octubre de 2007, fecha de fallecimiento de la causante (fl. 16 y 17).

Por otro lado, se recibió el interrogatorio de parte del señor **DAMIEL GONZÁLEZ**, quien manifestó que no tiene hijos, que actualmente se dedica al día a día en temas de electricidad. Que conoció a la causante haciéndole un trabajo en su casa a eso del año 1997, posteriormente hicieron vida marital desde el año 1998 hasta el 23 de octubre de 2007, fecha en que falleció. Que al momento de conocer a la causante, vivía en su casa paterna, y posteriormente, se fue a vivir con la causante alrededor del año 1998. Que al principio cuando empezaron a vivir juntos, la causante vivía con su hijo Wilson en Girardot. Que la causante primero era empleada y después montó su tienda. Que la causante murió de muerte natural, pero que desconoce quien le pagó los gastos funerarios, pero cree que fue una amiga. Que la casa donde convivían era de la madre de la causante, de la señora Belén. Que desconoce la

edad del hijo menor de la causante para el momento de su fallecimiento, sin embargo afirma que ya era mayor de edad y hasta había prestado el servicio militar. Que cuando Colpensiones hizo la investigación administrativa ya se encontraba viviendo en su casa paterna. Que el día del fallecimiento, el demandante estaba trabajando en Chinauta, y le toco irse de inmediato a la velación de la demandante a Girardot porque murió repentinamente.

Así mismo, se recepcionó los testimonios de los señores **ESTELA FORERO VANEGAS**, quien indicó que conoce al demandante hace 40 años, que conoció a la causante antes del demandante porque fueron compañeras de trabajo en INCUBACOL, y posteriormente, la causante montó su negocio. Que la señora Forero no visitaba tan seguido a la pareja, pero en diferentes oportunidades si los visitó. Que no se separaron en ninguna época, y los últimos 5 años de vida de la causante, tenía una tienda pequeña en su casa. Que la causante falleció con ocasión a un problema en un riñón, pues le hacían diálisis, que la última vez que la vio, un mes antes de morir estaba bien enferma. Que conoció a uno de los hijos, que actualmente se encuentra privado de la libertad.

Por su parte, el señor **FABIO PRECIADO CAMACHO** indicó que conoce a la causante por mas de 20 años, por ser vecino de la causante desde el año 1983 cuando llegó al barrio y comenzaron a compartir en la misma calle, vivían a 20 metros de distancia. Que la señora Blanca vivía con un solo hijo, que la causante trabajó en la compañía INCUBACOL por muchos años, y luego cuando se retiró de ésa empresa, vivía de lo que le daba Daniel. Que la causante falleció por problemas del riñón, y cuando se enteró del fallecimiento estaba trabajando cerca del barrio donde residían. Que desconoce quien pago los gastos funerarios. Que la convivencia entre el demandante y la causante fue constante, por más de 7 años hasta el día que la señora Blanca falleció. Que el demandante vivía inicialmente en su casa paterna, y luego a mediados del año 1998 se fue a vivir con la causante hasta que falleció, pero posteriormente, cuando falleció, se retornó a vivir a su casa paterna.

Por otro lado, el señor **MELQUIADEZ HELI GONZALEZ CHINCHILLA**, señaló que es el hermano del demandante, y conoció a la causante en el año 1996 cuando comenzó a vivir con el actor. Que los visitaba constantemente, y vivían en una casa en Girardot, que en la parte de atrás tenían otro apartamento. Que la causante se dedicó en sus últimos años a pedir su pensión, que vendía tintos de vez en cuando. Que fue una señora desde Bogotá, de la entidad que solicita la pensión, a preguntarle por su relación con la causante. Que el demandante actualmente no tiene trabajo.

Así mismo, el señor **ANGEL MARTÍN TORRES LIZANO**, quien indicó que conoce desde hace mas de 20 años al actor porque trabajaron en varias ocasiones, que le consta que el demandante convivía con la causante desde el año 1998 hasta el año 2007. Que no los visitaba regularmente en la casa donde vivían, pero tenía conocimiento de su convivencia porque eran amigos y el actor le comentaba. Que en algunas oportunidades fue a preguntar al demandante en la casa donde vivían y lo recogía para que se fueran al trabajo a dar una vuelta.

Finalmente, el señor **ÁNGEL CESAR ARANGÓN SERRANO** señaló que conoce al demandante, primero conoció al hermano del actor, pero ya falleció, y por intermedio de su hermano fue que conoció al demandante desde hace mas de 35 años y trabajaban en arreglos esporádicos. Que inicialmente el actor tenía otra señora y luego se murió, posteriormente, conoció a la señora Blanca y se fue a convivir con

ella por unos 9 años aproximadamente, y siempre los vio como pareja. Que nunca entró a la casa donde convivían, solo charlaban ahí al frente de la casa, y que la causante no tenía un trabajo fijo, pero antes trabajó en INCUBACOL como por 10 años. Que el demandante actualmente es independiente, trabaja donde le sale trabajo.

Por otro lado, reposa investigación administrativa efectuada por Colpensiones, la cual sirvió de base para negar el reconocimiento de la prestación a favor del demandante, señalando que no se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Diamel González Chinchilla, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas a la presente investigación administrativa, pues no hay pruebas que acrediten la convivencia entre el demandante y la causante desde el año 1998 hasta el 23 de octubre de 2007, fecha de fallecimiento de la causante. Así mismo, resaltó que acorde con las declaraciones de los vecinos del lugar de convivencia, algunos de ellos no confirman una relación de convivencia entre los implicados. Por otro lado, los documentos, fotografías e información de contacto de familiares, que no aportó el demandante, no se puede acreditar una relación de convivencia, pues no hay registros que acrediten la relación de convivencia. Ahora, mencionó de manera importante que dentro de la documentación aportada por el actor, como registro fotográfico a la declaración extra juicio del señor Jairo Herrera, realizada ante la Notaría 1º de Girardot, menciona o relaciona que la convivencia comenzó el 10 de octubre de 1988 hasta el 23 de octubre de 2007, lo cual sería contradictorio con lo declarado por el mismo actor y los demás testigos. Finalmente, señala que el familiar vivo de la causante y que puede confirmar una real convivencia entre la pareja, es el señor Wilson Caballero (Hijo del causante), quien se encuentra privado de la libertad en la Cárcel de Girardot, a quien es imposible entrevistar para aclarar la situación de los implicados (fls. 90 a 110, extraído e impreso del expediente administrativo visible a folio 68 del plenario).

Así las cosas, de la valoración de las pruebas documentales recaudadas en el proceso, así como de los testimoniales, debe señalarse que si bien se aportaron sendas declaraciones extra proceso, lo cierto es que Colpensiones solicitó su ratificación y al presentarse únicamente los señores Estela Forero y Fabio Preciado, serán las únicas que se tendrán en cuenta para su valoración, por las restantes no asistieron a la práctica de pruebas, por lo que no se le dará valor probatorio a las declaraciones extra proceso rendidas por los señores María Derly Rodríguez Martínez y Wilson Enrique Pérez Caballero, visible a folios 14 y 15 respectivamente del plenario.

Ahora bien, de la valoración conjunta de las pruebas testimoniales, si bien la recurrente señala que existieron contradicciones entre ellas, lo cierto es que la Sala no comparte dicha afirmación, como quiera que si bien no fueron precisos en indicar el extremo inicial, pues la mayoría de los testigos tan solo se limitó a afirmar que la convivencia había comenzado en el año 1998, no dieron día y mes extracto, lo cierto es que todos fueron coincidentes en afirmar que comenzó para el año 1998, lo cierto es que si se contabiliza desde el 31 de diciembre de 1998, supera ampliamente los 5 años que exige la normatividad en comento.

Por otro lado, los señores Estela Forero y Fabio Preciado fueron coincidentes en afirmar el tipo de casa en que vivió la pareja, en el barrio Rosa Blanca en Girardot – Cundinamarca, y más aun cuando el señor Ángel Torres acudía a dicha vivienda a recoger al demandante pues trabajaban en Electricidad, y veía al demandante en la casa con la causante. En el único testigo que no genera tanta credibilidad a la Sala es el señor César Arangón, en cuanto al tiempo de convivencia, pero si en



relación de la existencia de una relación de pareja, a lo que hay que sumar que coincide con las afirmaciones efectuadas en la investigación administrativa, pues afirman que la pareja convivió por mas de 8 años.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene por demostrado el requisito de convivencia que exige la ley y de compañeros permanentes que tenía la pareja en mención por mas de 5 años, inmediatamente anteriores al fallecimiento de la señora Blanca Cecilia Caballero, por lo que permite a esta Sala concluir que existe prueba suficiente que permita colegir que el demandante acreditó la convivencia dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento de la señora BLANCA CECILIA CABALLERO MOGOLLON, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la condena impuesta en contra de COLPENSIONES por el Juez de primera instancia, en el sentido de reconocer a favor del señor DAMIEL GONZALEZ CHINCHILLA la pensión de sobrevivientes desde el 24 de octubre de 2007, con fundamento en el artículo 21 y 48 de la ley 100 de 1993, junto con 13 mensualidades al año, de conformidad con el Acto Legislativo 01 del 2005.

#### **INTERESES MORATORIOS:**

En lo relacionado con el pago de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993<sup>2</sup>, debe indicarse que la condena de intereses moratorios se impone, sin tener en cuenta para ello el comportamiento de la entidad obligada al pago, esto es, si medió o no buena fe en su actuación, o si eventuales circunstancias impidieron el pago oportuno de la prestación. Al respecto se traer a colación la sentencia del 06 de noviembre de 2013, radicación 43602 mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adocrinó:

(...)

*La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.*

Situación que fue reiterada en la sentencias del 12 y 19 de marzo de 2014, radicación 44526 y 45312 respectivamente, en el que morigera la postura referente a no considerar para efectos de establecer la procedencia de los intereses de mora, el concepto de buena o mala fe o de las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional, y recientemente en la sentencia SL 3687 con radicación 67780 del 3 de septiembre de 2019.

<sup>2</sup> «A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago».



En concordancia con lo antes expuesto, debe decirse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estipula que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la administradora está obligada al pago de los intereses moratorios sobre el importe de la obligación a su cargo.

Ahora bien, el artículo primero de la Ley 717 de 2001 establece que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deberá efectuarse a más tardar **2 meses contados a partir de la fecha presentación de la solicitud con la documentación que acredite el derecho.**

Aclarado lo anterior, dado los medios probatorios allegados al proceso se acredita que el demandante en calidad de beneficiario de la pensión de sobreviviente presentó reclamación administrativa el 12 de septiembre de 2017, la cual fue negada mediante resolución SUB 246922 del 3 de noviembre de 2017 (fls. 24), bajo el argumento que el demandante no reunía los requisitos para el reconocimiento de la prestación.

Así pues, si bien la entidad demandada resolvió la solicitud dentro del término legal, lo cierto es que la resolvió negándole la solicitud, razón por la cual, debe precisarse que la fecha de causación de los intereses moratorios de las *mesadas insolutas*, procedería a partir del **12 de noviembre de 2017 hasta que se efectúe su pago**, teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente, en razón que se presentó la solicitud de reconocimiento de la prestación el 12 de septiembre de 2017 según se vislumbra de la resolución No SUB 246922 del 3 de noviembre de 2017 (fls. 24), razón por la cual se **CONFIRMARÁ** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

Previo a resolver el quantum de la pensión, debe advertir la Sala que la excepción de prescripción propuesta por la demandada no tiene vocación de prosperidad, como quiera que el derecho a la pensión de sobreviviente se causó el 23 de octubre de 2007 con el fallecimiento del causante la señora BLANCA CECILIA CABALLERO MOGOLLÓN; que el demandante solicitó el reconocimiento de la prestación el 12 de septiembre de 2017, la cual fue negada mediante resolución SUB 246922 del 3 de noviembre de 2017 (fls. 24); y radicó la presente demanda el día 3 de agosto de 2018 (fl 39), concluyendo entonces que transcurrió el término trienal de que trata el artículo 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, por lo que habrá de **DECLARARSE PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, de todas aquellas mesadas con anterioridad al 12 de septiembre de 2014, confirmando el numeral tercero de decisión de primera instancia.

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

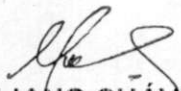
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de junio de 2020 por el Juzgado 16° 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. 11001310501620180050101)

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
(Rad. 11001310501620180050101)  
*Su voto.*

  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
(Rad. 11001310501620180050101)



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

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 29-2018-00224-01**

Bogotá D.C., septiembre (22) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **DENISE URREGO VELASQUEZ**  
DEMANDADO: **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE  
ESE HOSPITAL ENGATIVA**  
ASUNTO : **APELACION (DEMANDADA)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de noviembre de 2019, 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 (folios 143 a 153), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora **DENISE URREGO VELASQUEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE ESE HOSPITAL ENGATIVA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 49 a 52):

**Pretensiones principales:**

- 1) Que se declare la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y el HOSPITAL ENGATIVA ahora SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., desde el 24 de noviembre de 2014 al 28 de febrero de 2018.
- 2) Declarar que la demandante fungió como trabajador oficial del HOSPITAL DE ENGATIVA ahora SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD

NORTE E.S.E.m en el cargo de camillera desde el 24 de noviembre de 2014 hasta el 28 de febrero de 2018.

- 3) Que se declare la responsabilidad en el pago de todas y cada una de las condenas a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., como empleadora, y por ser ésta la responsable en el pago de las obligaciones generadas entre la demandante y el HOSPITAL ENGATIVA.
- 4) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle a la demandante todos los factores salariales asignados a los camilleros de planta de la entidad, dejados de pagar durante el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2014 al 28 de febrero de 2018.
- 5) Condenar a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al accionante las cesantías causadas desde el 24 de noviembre d2 2014al 28 de febrero de 2018.
- 6) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al accionante los intereses a las cesantías.
- 7) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagar las primas de antigüedad de cada año causadas.
- 8) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagar a la actora las primas de vacaciones de cada año causadas.
- 9) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagar al accionante la prima de navidad, de cada año causadas.
- 10) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagar a la demandante la prima de servicios.
- 11) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle a la accionante la compensación en dinero de las vacaciones.
- 12) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle a la actora los auxilios de transporte causados.
- 13) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle a la demandante los auxilios de alimentación causados.
- 14) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle a la demandante las bonificaciones de servicios prestados.
- 15) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle a la accionante, las horas extras nocturnas generadas a razón de 2.964 horas.
- 16) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a la demandante los recargos nocturnos generados a razón de 666.9 horas.
- 17) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a la demandante, los recargos dominicales generados a razón de 936 horas.
- 18) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle a la demandante la sanción moratoria por el retraso en el pago de las acreencias laborales.
- 19) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle a la demandante la sanción moratoria por el retraso en el pago de las cesantías a favor de la accionante en el correspondiente fondo.



- 20) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagar a la demandante los salarios dejados de percibir a partir del día 90 siguiente a la desvinculación de la actora.
- 21) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a efectuar en el fondo de pensiones al que se encuentra afiliada la actora, las cotizaciones impagas al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2014 al 28 de febrero de 2018, tomando como ingreso base de cotización el salario devengado por un trabajador de planta en el cargo de camillera.
- 22) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a efectuar ante la entidad prestadora de salud (EPS) a la que se encuentre afiliada la demandante, las cotizaciones impagas al sistema de seguridad social en salud por el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2014 y el 28 de febrero de 2018, tomando como ingreso base de cotización, el salario devengado un trabajador de planta en el cargo de camillero.
- 23) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a efectuar ante la administradora de riesgos laborales a la que se encuentra afiliada la demandante, las cotizaciones impagas al sistema de riesgos laborales por el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2014 al 28 de febrero de 2018, tomando como ingreso base de cotización, el salario devengado un trabajador de planta en el cargo de camillero.
- 24) Condenar a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a efectuar en la caja de compensación familiar a la que se encuentra afiliada la demandante, las cotizaciones impagas por el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2014 al 28 de febrero de 2018, tomando como ingreso base de cotización, el salario devengado por un trabajador de planta, en el cargo de camillero.
- 25) Que todas las sumas descritas anteriormente, se condenen debidamente indexadas.
- 26) Ordenar a la entidad demandada al pago de intereses de mora en caso de dar cumplimiento tardío a la sentencia judicial que profiera.
- 27) Costas procesales.

La entidad demandada contestó la demanda (fls. 78 a 89) de acuerdo al auto visible a folio 98. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 29° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de noviembre de 2019. **DECLARÓ** que entre la demandante Denis Urrego Velásquez y la entidad demandada SUBRED INTEGRADA PARA LOS SERVICIOS DE SALUD NORTE HOSPITAL DE ENGATIVA ESE existió un contrato de trabajo comprendido entre 24 de noviembre del 2014 al 31 de enero del 2018, en la que la demandante ostentó la calidad de trabajadora oficial. **CONDENÓ** a la SUBRED INTEGRADA PARA LOS SERVICIOS DE SALUD NORTE HOSPITAL DE ENGATIVA ESE a pagar a la demandante las sumas de dinero que por los siguientes conceptos:

- Cesantías \$3.843.913.
- Intereses de cesantías \$1.476.064.
- Primas de servicios \$3.843.913.
- Vacaciones \$1.921.957.
- Auxilio de transporte \$2.906.291.
- Primas de navidad \$5.176.765.
- Sanción por no consignación de cesantías \$32.712.480.

Sumas que deberán ser indexadas al momento del pago.

**CONDENÓ** a la entidad demandada a pagar la indemnización moraria a partir del 1 de mayo de 2018 a razón de \$40.250 pesos diarios hasta la fecha en que se efectuó el pago de las acreencias laborales de la demandante. **COSTAS** a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.000.000. **ABSOLVIÓ** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** presentó recurso de apelación:

1. **INEXISTENCIA DE UN VÍNCULO DE CARÁCTER LABORAL:** Manifiesta que dentro del presente asunto no se encuentran acreditados de manera conjunta los 3 elementos a saber para la declaratoria de la existencia de un contrato realidad, toda vez que la prestación personal del servicio se dio a través de un contrato de prestación de servicios, lo que genera una actividad independiente desarrollada incluso por una persona jurídica, sin que por tanto exista el elemento de subordinación, elemento determinante para diferenciar el contrato laboral del contrato de prestación de servicios, sin embargo, el H. Consejo de Estado ha adoctrinado que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo, se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir instrucciones de sus superiores o de tener que reportar mediante informes, sus resultados, sin que implique necesariamente la configuración del elemento de subordinación, resaltando que el cumplimiento de un horario, puede ser consecuencia de una concertación contractual entre las partes, en forma coordinada para desarrollar el objeto del contrato, por lo que es indispensable que el interesado acredite de tal forma, que no quede duda que, el desempeño de las actividades desarrolladas por el contratista estuvieran bajo subordinación de la entidad, trayendo a colación la sentencia 44191 del 18 de junio de 2014 y 792116 del 25 de septiembre del 2016.
2.  
En el caso en estudio, se tiene que la misma demandante indicó que trabajaba con otra entidad del sector privado, de ahí que se tenga en efecto la autonomía para desarrollar las labores contratadas, máxime si se tiene en cuenta que no es posible determinar si la contratista estuvo continuamente bajo supervisión o vigilancia, que permita suponer la existencia del elemento

de subordinación, y en consecuencia, tampoco la existencia de un contrato realidad.

Por otro lado, el interesado debe acreditar que la vinculación mediante contrato de prestación de servicio no corresponde a la realidad y deberá en consecuencia desvirtuar la presencia de la subordinación, respecto del empleador.

3. **INDEMNIZACIÓN MORATORIA:** Solicita se revoque la condena impuesta por éste concepto, teniendo en cuenta que la entidad demandada no tenía certeza sobre la existencia de una relación laboral, por lo que por no puede imponerse intereses moratorios y más aún sancionar una actividad por mala fe, la cual no ha sido demostrada dentro del presente proceso, ni al pago de las prestaciones sociales, toda vez que actuó bajo el consentimiento de estar regidos con un contrato de prestación de servicio.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si el vínculo contractual existente entre las partes se rigió no por un contrato de prestación de servicios regulado por la ley 80 de 1993, sino por un contrato de trabajo a término indefinido; **2.** En caso afirmativo de existir una relación laboral, si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la indemnización moratoria.

### DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

Ahora bien, el juez *A quo* encontró procedente declarar la existencia de una relación laboral entre la señora DENISE URREGO VELASQUEZ y la entidad demandada desde el 24 de noviembre de 2014 hasta el 31 de enero de 2018, tiempo en el cual la parte actora trabajó de manera ininterrumpida. La demandada niega la existencia del vínculo laboral, señalando que este se dio mediante contratos de prestación de servicios, servicios que fueron prestados de forma autónoma e independiente, pues dentro del presente asunto no se logró acreditar el elemento de subordinación, máxime si se tiene en cuenta que para desarrollar el objeto del contrato, se acordó dentro de la relación una coordinación de actividades, lo cual incluye también el cumplimiento de un horario, sin que tuviera que reportar mediante informes sus resultados, sin que implique necesariamente la configuración del elemento de subordinación.

Pues bien, para resolver debe anotarse que de conformidad con el artículo 2 del Decreto 2127 de 1945 son características esenciales del contrato de trabajo: la *actividad personal* del trabajador, la *dependencia* respecto de un patrono, que

otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, en forma prolongada, y no simplemente ocasional, y un *salario* como retribución del servicio.

A su vez el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señala que son CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Al respecto señaló la H. Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997 que *«en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independientes»*.

Este postulado jurisprudencial analizado conforme al Art. 3o. del Decreto 2127 de 1945 no deja ninguna duda de que en cualquier evento en que resulte demostrada la concurrencia de la actividad personal de un trabajador, la dependencia de éste respecto de un patrono, y un salario como retribución del servicio, se está ante un contrato de trabajo con independencia de la denominación que se le otorgue, la modalidad de la labor que se desarrolle, el sitio en donde se realice, la naturaleza o denominación que se le asigne a la retribución económica recibida, la forma de pago o cualesquiera otra circunstancia, pues serán las condiciones bajo las cuales los hechos se desarrollan en el plano de la realidad las que se impondrán sobre las meras formalidades.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1225 de la carta política, solamente la ley determina qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo, y por consiguiente, quienes pueden tener la calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales en las entidades del estado, así para efectos de determinar criterios de clasificación de un servidor oficial cuya relación laboral se desarrolla después de 1968, la disposición legal a consultar es el Decreto 3135 de 1968, en el que su artículo 5 introdujo a nuestra legislación nuevos parámetros para la explicación de servidores públicos, atendiendo únicamente los criterios orgánicos de la actividad u oficio, en cuya virtud, quienes laboran en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos tiene la condición de empleados públicos, salvo aquellos que se dedican a construcción y sostenimiento de obras públicas, en los que en tal caso tendrán la calidad de trabajadores oficiales.

En suma, resultan dos criterios básicos a tener en cuenta para clasificar los empleados de una entidad estatal, una primera, el factor orgánico, relacionado con la naturaleza jurídica del ente para el cual se laboró, y un segundo, factor funcional, relacionado a la actividad a la cual se dedicó el trabajador.



Ahora, en atención a la naturaleza jurídica del ente accionado, esto es, una Empresa Social del Estado, en lo que respecta al régimen laboral de sus servidores públicos adscritos a esta clase de entidades, el artículo 10 de la Ley 10 de 1990 refiere que, las personas vinculadas tendrán el carácter de empleador públicos, clasificados entre empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, según sea el caso, sin embargo el parágrafo de dicha normatividad establece que serán trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos, destinados al mantenimiento de planta física hospitalaria, o de servicios generales en las mismas instituciones.

**Descendiendo al sub lite** encuentra la Sala que el supuesto de la prestación personal del servicio por la actora a favor del HOSPITAL DE ENGATIVA, es un hecho acreditado con la certificación de los contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante (fl. 7), así como con los contratos de prestación de servicios y sus adiciones visibles de folios 13 a 44, los cuales dan cuenta que la demandante prestó sus servicios como camillera a partir del 24 de noviembre de 2014 al 31 de enero de 2018, percibiendo como últimos honorarios mensuales por la suma de \$1.246.464.

Se recibió el **interrogatorio de parte a la demandante**, quien señaló que comenzó a laborar para el Hospital de Engativá desde noviembre de 2014, con un contrato de prestación de servicios, que la demandada era quien le adjudicaba los turnos, que siempre laboró en turnos de noche, que la actora pagaba la seguridad social, igualmente señaló que laboraba en otra entidad, mediante contrato a término indefinido en el Hospital Universitario Infantil San José.

Por otro lado, se recepcionaron las declaraciones de los señores **YOLANDA CONSUELO CUPAJITA CHITIVA** y **LUIS MIGUEL MORENO MONTAÑA** quienes coincidieron en indicar que fueron compañeros de trabajo en el Hospital, señalaron que les consta que la demandante estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios con la entidad accionada, ejecutando la labor de camillero, que debía ejecutarla dentro de los turnos establecidos por el hospital demandado, y con los elementos que ellos mismos proporcionaban, que las órdenes las recibía del personal encargado en cada turno, que la actividad realizada por la demandante no podía ser delegada a otra persona, pues debía ser desempeñada por la misma demandante, no tenía autonomía para ausentarse, ni dejar un reemplazo, que en el evento en que debía ausentarse del turno, debía pedir permiso.

Acorde a lo anterior, la existencia del contrato de trabajo debe presumirse tal y como lo contempla el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, correspondiendo entonces al beneficiario del servicio desvirtuar dicha presunción si alega que el servicio en realidad no lo fue bajo subordinación jurídica de carácter laboral.

En el presente caso, como ya se dijo, la parte demandante acreditó la prestación personal del servicio, sin embargo, la entidad demandada no logró desvirtuar dicha presunción, puesto que no demostró que la señora DENISE URREGO VELASQUEZ prestara sus servicios con la autonomía e independencia que caracteriza dichas formas de contratación directa como son los contratos de prestación de servicios.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado que la demandante, cumplió funciones en el cargo de Camillera, conforme a la documental obrante a folios 7 y 13 a 44, en el que se detalla las funciones ejercidas en el cargo, actividades que eran funciones propias de servicio público a ésta encomendada, lo que de suyo excluye la posibilidad de efectuar contratación de personal bajo la modalidad de prestación de servicios.

De igual manera, del análisis conjunto de los medios probatorios resulta claro para la Sala la prestación personal del servicios, con lo cual se presume la existencia del contrato de trabajo; sin que de otra parte la demandada hubiera desplegado ninguna actividad probatoria tendiente a desvirtuar que los servicios no eran subordinados, pues contrario a lo afirmado por el recurrente, su poder subordinante se advertía en el cumplimiento de un horarios previamente establecido por la entidad, en los turnos y conforme a la programación mensual dispuesta para tal fin, y cumpliendo las órdenes impartidas por la demandada para el desarrollo de las labores.

Para la Sala, la realidad en el desarrollo de las labores cumplidas por el accionante, conforme a los documentos allegados y la declaración recibida, es que confluyen dos factores claves, la subordinación y la continuidad en la prestación del servicio.

Situación de la que puede establecerse, contrario a lo afirmado por el recurrente, que evidentemente la actora estaba sujeta a órdenes, así como a un horario, lo que constituye "*elemento indicativo de la subordinación laboral*" conforme lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 6ª de 1945, aspecto que excluye el concepto de autonomía, propio de vinculaciones jurídicas distintas al contrato de trabajo, quedando claro igualmente con tales declaraciones, que la actividad la cumplía en las instalaciones de la entidad demandada, obedeciendo órdenes, cumpliendo características de idoneidad según las directrices del art. 1° de la Ley 6/45, y no conforme a contratos de prestación de servicios regulados por el art. 3° de Ley 80/93.

Ahora bien, teniendo en cuenta la actividad desarrollada por la demandante, esto es camillera, para determinar si corresponde a operaciones de mantenimiento de planta física o de servicios generales de la institución, como se indicó anteriormente, el mismo hace alusión al conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que sus instalaciones puedan funcionar adecuadamente, en lo que respecta al *mantenimiento*, puede entenderse como toda acción dirigida a la conservación de las instalaciones, dirigida a conservar en buen estado la planta física hospitalaria, por su parte, los *servicios generales*, tienen la connotación de servir de apoyo a la entidad para su correcto funcionamiento, dichos servicios no benefician a una dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda la organización y se caracterizan por el predominio de las entidades de simple ejecución, y de índole manual, dentro de las cuales podemos encontrar, el suministro de transporte, correspondencia, archivo, vigilancia, cafetería, lavandería, transporte y traslado de pacientes, aseo en general, y en tal virtud, el personal que presta sus servicios en el área de servicios generales, para este caso, transporte y traslado de pacientes, como en el caso de la demandante que ejercían la actividad de camillero, debe determinarse dentro de los trabajadores oficiales, bajo los parámetros antes referidos y teniendo en cuenta que ya se establecido quien se desempeña como camillero ostenta la calidad de trabajador oficial.

Precisándose igualmente que siendo la naturaleza jurídica de la encartada la de una Empresa Social del Estado, que conforme lo Dispuesto el Decreto 1750 del 26 de junio de 2006, por regla general, sus servidores ostentan la calidad de empleados públicos, y excepcionalmente trabajadores oficiales, esto es, aquellos que ocupan cargos no directivos destinados mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales como el de seguridad, aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministros de los elementos requeridos por las distintas dependencias que la integran, categoría en la que se encuentra el cargo de CAMILLERO, por tanto, la actividad desempeñada por la demandante se encuentra incurso en dicha excepción y habrá de entenderse respecto de la accionante, como un trabajador oficial de SUBRED INTEGRADA PARA LOS SERVICIOS DE SALUD NORTE ESE HOSPITAL DE ENGATIVA. (Sentencia CSJ Sala de Casación Laboral de radicación 22324 del 29 de junio de 2004)

Por otro lado, señala el recurrente que es improcedente declarar la existencia del vínculo laboral, como quiera que la misma demandante indicó en su interrogatorio de parte que trabajó simultáneamente para el Hospital Universitario Infantil San José, y teniendo en cuenta que está prohibido percibir 2 asignaciones del erario público, resulta incompatible la declaratoria que pretende la demandante, no obstante lo anterior, deberá despacharse desfavorablemente las , como quiera el Hospital universitario Infantil San José fue creado mediante escritura pública No. 2632 y modificado por la escritura No. 2924 de la Notaria 41 del Circulo de Bogotá, en la que creó a éste Hospital como una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, por lo que no existe incompatibilidad alguna, como lo pretende el recurrente.

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que en el presente asunto, se encuentran suficientemente demostrados los elementos característicos de la relación laboral, por lo que habrá de **CONFIRMARSE** la declaratoria del vínculo laboral existente entre las partes, precisando que estuvo regido por un contrato de trabajo a término indefinido.

#### **HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES DEL PROYECTO ANTERIOR APROBADO UNÁNIMEMENTE POR LA SALA.**

La Sala mayoritariamente desestimó las razones que expuso el sustanciador para negar la SANCIÓN MORATORIA y por ende considera IMPROCEDENTE esta condena por las razones que pasa a exponer:

#### **INDEMNIZACIÓN MORATORIA:**

Respecto al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, el Juez de instancia condenó a la demandada al pago de la sanción moratoria en la suma diaria de \$40.250 desde el 1º de mayo de 2018 hasta la fecha en que se efectúe el pago de las acreencias laborales de la demandante.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la anterior condena teniendo en cuenta que no se configura mala fe por parte de la demandada, como quiera que estaba bajo la creencias de un actuar de buena fe.

En lo concerniente al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, valga recordar lo que ha venido afirmando la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia (Rad. 36761 del 7 de diciembre de 2010), en el sentido de que la aplicación de una sanción por mora en el pago de salarios y prestaciones, como la contemplada en el artículo 65 del C. S. T., para los trabajadores particulares, o la que implica el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, para los trabajadores oficiales, no es automática ni inexorable cada vez que se presenta la falta de pago o el cumplimiento tardío, sino que en todos los casos es necesario analizar las razones o circunstancias por las cuales el empleador, a la terminación del contrato de trabajo, no satisfizo todos los valores a que estaba obligado laboralmente con su trabajador, pues si ellas resultan atendibles y justifican su actuar por fuera de lo previsto por el legislador, de manera que no quede duda que su conducta estuvo revestida de buena fe, no es aplicable la condena, porque no existe conducta reproachable que sancionar.

En el caso bajo estudio, no se acredita la mala fe de la entidad demandada que de paso a conceder la indemnización moratoria reclamada, pues la entidad actuó bajo la convicción de que el vínculo que lo unía a la actora no era de carácter laboral, sino mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios para lo cual se encontraba habilitada en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, con el fin de suplir una actividad relacionada con su funcionamiento, para la cual no contaba con el personal de planta para realizarla, lo que no permite colegir su intención de desconocer los derechos de la demandante, quien además aceptó de forma voluntaria el tipo de vinculación.

Bajo las anteriores consideraciones, se revocará la condena por sanción moratoria impuesta, y en su lugar, imponer su **absolver a la demandada de dicha pretensión**.

En ese sentido, sin que exista otro motivo expreso de inconformidad, la Sala se releva del estudio de las demás condenas impuestas en primera instancia, razón por la cual se **CONFIRMARÁ PARCIALMENTE** la sentencia proferida en primera instancia.

#### **COSTAS:**

Sin **costas** en esta instancia.

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



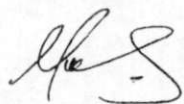
**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2019 por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo restante la sentencia apelada.

**TERCERO.** 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**

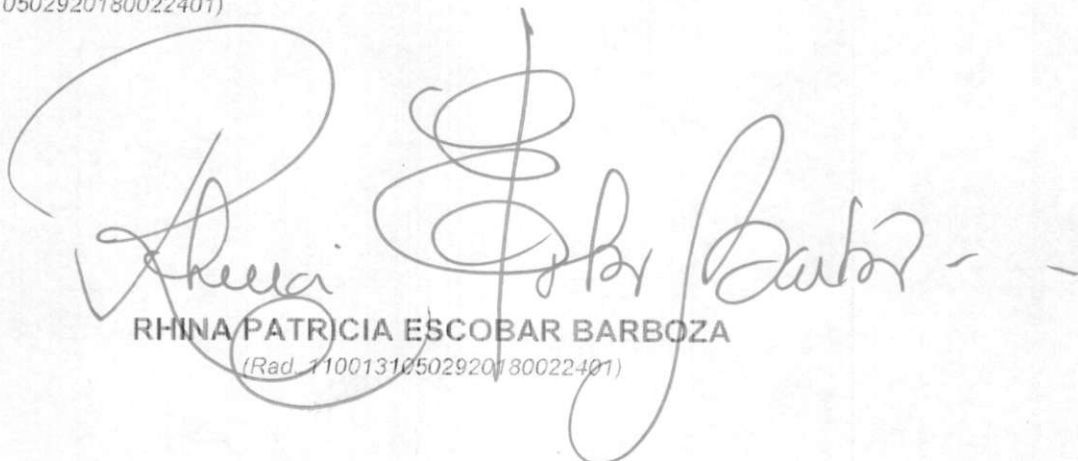
**Ponente**

**Salvamento de Voto Parcial**

(Rad. 11001310502920180022401)



**LORENZO TORRES RUSSY**  
(Rad. 11001310502920180022401)



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
(Rad. 11001310502920180022401)

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**SALA LABORAL**

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Magistrado**

**Sala Segunda de Decisión Laboral**

**Ref.: Expediente Rad-2920180022401 Proceso: Ordinario Laboral**

**DTE: DENISSE URREGO VELÁSQUEZ .DDO: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE ESE HOSPITAL ENGATIVÁ**

**Fallo Septiembre 22 de 2020.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, me permito manifestar, que me aparto parcialmente del respetable argumento jurídico que sustenta la decisión mayoritaria, respecto a la indemnización moratoria, pues en mi criterio la condena impuesta en primera instancia por éste concepto debió CONFIRMARSE, por los siguientes motivos:

1. En lo concerniente al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, valga recordar lo que ha venido afirmando la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia (Rad. 36761 del 7 de diciembre de 2010), en el sentido de que la aplicación de una sanción por mora en el pago de salarios y prestaciones, como la contemplada en el artículo 65 del C. S. T., para los trabajadores particulares, o la que implica el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, para los trabajadores oficiales, no es automática ni inexorable cada vez que se presenta la falta de pago o el cumplimiento tardío, sino que en todos los casos es necesario analizar las razones o circunstancias por las cuales el empleador, a la terminación del contrato de trabajo, no satisfizo todos los valores a que estaba obligado laboralmente con su trabajador, pues si ellas resultan atendibles y justifican su actuar por fuera de lo previsto por el legislador, de manera que no quede duda que su conducta estuvo revestida de buena fe, no es aplicable la condena, porque no existe conducta reprochable que sancionar.
2. Además, es de recordar, que de conformidad con la jurisprudencia adoctrinada, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin presencia de probidad o pulcritud.
3. Ahora bien, en reciente pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia en

sentencia SL 703 con Rad. 77064 del 4 de marzo de 2020, al analizar una situación de similares contornos, reiteró el criterio adoctrinado en sentencia SL648-2013, y SL390-2019, donde indicó que la simple celebración de una serie de contratos de prestación de servicios, no constituye una razón seria y atendible para haber omitido el pago de los derechos laborales. En el pasaje pertinente, el antedicho fallo dijo:

*Ahora, la existencia de más de nueve (9) contratos de prestación de servicios en un lapso de poco más de tres años, demuestra que la contratación del actor no era un hecho excepcional, sino que, en realidad, se trataba de una vinculación de carácter permanente.*

(...)

*Y es que en este caso, la celebración de varios contratos de prestación de servicios demuestra la mala fe del empleador, pues siendo condición de esta clase de contratación pública, su transitoriedad, como se deriva del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ese requisito no se daba, incurriendo la entidad en uso indebido de la figura dado su carácter excepcional.*

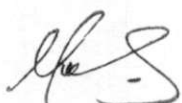
[...]

*Resulta oportuno señalar, que la simple afirmación del empleador de haber celebrado una forma de vinculación diferente a la laboral, no resulta suficiente para exonerarlo de la indemnización moratoria por el incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, pues es obligación del operador judicial examinar en cada caso, el comportamiento patronal de cara a los elementos probatorios obrantes en el proceso, para determinar si tenía o no razones fundadas para abstenerse de reconocer prerrogativas laborales.*

- 4 Para el caso particular, si bien el apoderado de la parte demandada solicitó se revocara la condena impuesta por indemnización moratoria, argumentando que no se configuraba mala fe de la entidad, como quiera que actuaba bajo la firme creencia de que el vínculo se encontraba regido por un contrato de prestación de servicios, lo cierto es que conforme la jurisprudencia citada, tal argumento no tiene asidero alguno para exonerarse de la sanción, pues no era dable efectuar tal afirmación, cuando de la prueba testimonial se colige que en la realidad la prestación del servicio de la actora fue subordinada, independiente de la denominación dada al contrato suscrito, procediendo por ende su pago en la suma diaria de \$40.250 desde el 1º de mayo de 2018 hasta la fecha en que se efectuara el pago de las acreencias, tal y como lo indicó el A – quo.

Con el debido respeto, por la decisión mayoritaria, en los anteriores términos dejo salvado parcialmente mi voto en este caso.

Fecha ut supra,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



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

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

**Radicación No. 07-2018-00203-01**

Bogotá D.C.; Septiembre veintidós (22) de Dos Mil Veinte (2020)

DEMANDANTE: **MARIA CONSUELO INFANTE CRUZ**  
DEMANDADO: **COLPENSIONES**  
**AFP COLFONDOS SA**  
**AFP PROTECCION SA**  
ASUNTO: **APELACION PARTE DEMANDADA COLPENSIONES //**  
**CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de febrero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de Colpensiones (folios 271 a 274), así como Protección (folio 297 a 303) y parte demandante (folios 306 a 307) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) MARIA CONSUELO INFANTE CRUZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP Colfondos SA Y Protección SA, debidamente sustentada como aparece a folios 5 y 6 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**Declarativas:**

- Que Colfondos SA, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.
- Declarar nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por la señora MARIA CONSUELO INFANTE CRUZ, inicialmente a la AFP Colfondos SA, por entenderse que la falta de información por parte de estas, vició el consentimiento de la demandante.
- Que la AFP Protección SA incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.
- Declarar nula la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por la señora MARIA CONSUELO INFANTE CRUZ inicialmente a la AFP Protección SA, por entenderse que la falta de información por parte de estas vició el consentimiento de la demandante.



- Que la señora MARIA CONSUELO INFANTE CRUZ se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrador en la actualidad por Colpensiones.

**Condenatorias:**

- A Colfondos SA a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante es nula e ineficaz.
- A Protección SA a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante es nula e ineficaz.
- A Protección SA a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.
- Colpensiones a activar la afiliación en pensión de la señora MARIA CONSUELO INFANTE CRUZ.
- A Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes a pensión de la demandante, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 94 a 112), PROTECCIÓN SA (fls. 123 a 144), y COLFONDOS SA (fls. 162 a 186), de acuerdo al auto visible a folio 203 y 204. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 7° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 27 de febrero de 2020 **Declaró la ineficacia** de la afiliación y traslado realizado por la señora MARIA CONSUELO INFANTE CRUZ con la AFP Colfondos SA el 25 de febrero de 1998 contenida en el formulario No. 252800, y consecuentemente la posterior afiliación de la demandante a la AFP Santander hoy AFP protección SA de fecha 12 de diciembre de 2001 contenida en el formulario No. 0629944. **Ordenó** a la AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aiores de la cuenta de ahorro individual de la señora MARIA CONSUELO INFANTE CRUZ, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrador por Colpensiones. **Ordenó** a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la señora MARIA CONSUELO INFANTE CRUZ, desde su afiliación inicial al ISS. **Declaró no probadas** las excepciones presentadas por Colpensiones, Protección SA y Colfondos SA. **Costas** a cargo de los fondos demandados, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV.

**Colpensiones** apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que la señora MARIA CONSUELO INGANTE CRUZ nació el 14 de enero de 1956, lo que significa que a la fecha tiene 64 años de edad, trayendo a colación el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 3° de la Ley 100 de 1993. Por otro lado, tampoco cumple con los requisitos señalados en la sentencia SU – 062 de 2010 y 130 de 2013. Por otro lado, tampoco uso del derecho de retracto, el cual el afiliado tenía la posibilidad de dejar sin efecto su elección, ya fuera de régimen pensional, o de administradora, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en que se haya manifestado por escrito la correspondiente elección. Así mismo, trae a colación que al momento de la afiliación al RAIS la demandante tan solo tenía una mera expectativa, tal y como se desprende de los hechos y las pruebas documentales aportadas en la demanda, trayendo a colación la sentencia 789 de 2002. En lo que tiene que ver con la sostenibilidad financiera del sistema pensional, la Corte Constitucional en sentencia 1024 de 2004 y SU – 062 de 2010, señala que el objetivo perseguido es el señalamiento del periodo o la carencia de las normas acusadas, que consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, que se producirá si se le permitiera a las personas que no han contribuido al fondo común y que por mismo, no fueron tenidas en cuenta al momento de realizar el cálculo actuarial para determinar sumas que representan a futuro, el pago de las pensiones y los reajustes periódicos que representan, y que pudieran trasladarse al régimen cuando al estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuirá a una des financiación del sistema, y por ende, pone en riesgo las garantías del derecho irrenunciable de los demás afiliados.

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

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

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 COLFONDOS SA efectuado por el (la) señor (a) MARIA CONSUELO INFANTE CRUZ el día 25 de febrero de 1998; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA, el 25 de febrero de 1998, con efectividad a partir del 1 de abril de 1998, posteriormente se trasladó a la AFP ING el 12 de diciembre de 2001, con efectividad a partir del 1 de febrero de 2002, y dada la cesión por fusión quedó afiliada a la AFP Protección SA a partir del 31 de diciembre de 2002 (fl. 132).

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 del precedente con 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 10º 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 podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así 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.**

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 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.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 94 a 112), PROTECCIÓN SA (fls. 123 a 144), y COLFONDOS SA (fls. 162 a 186). Colpensiones: aportó el expediente administrativo. Protección SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, historia laboral, derecho de petición, respuesta al derecho de petición, formato de vinculación (2001), comunicados de prensa. Colfondos SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, formato vinculación (1998), comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de febrero de 1998, 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, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Herbert Bejarano (fl. 185), 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.

Así mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó al demandante que, al momento de trasladarse tenía 150,29 semanas cotizadas (fl. 133) y 38 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1957), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad (El traslado se efectuó con anterioridad a la Ley 797 de 2003) en el año 2019 (tenía más de 1.000 semanas – fl. 133), podría pensionarse en el RPM, 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, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

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.

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, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

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 la AFP Colfondos SA.

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, 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, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS SA el 25 de febrero de 1998, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

#### **EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

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 confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

#### **COSTAS:**

Sin costas en esta instancia.



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

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020 por el Juzgado 7º 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. 11001310500720180020301)

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
(Rad. 11001310500720180020301)

  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
(Rad. 11001310500720180020301)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 05-2017-00716-01  
proceso acumulado con el No. 37-2018-00306-01**

Bogotá D.C.; Septiembre veintidós (22) de Dos Mil Veinte (2020)

DEMANDANTE: **MARIA AURORA CIFUENTES**  
DEMANDADO: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION  
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA  
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP  
EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ (Interviniente Ad  
Excludendum)**  
ASUNTO: **APELACION PARTE DEMANDADA (UGPP) Y MARIA  
AURORA CIFUENTES // CONSULTA UGPP**

**SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA SALA  
SEGUNDA DE DECISION LABORAL.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (UGPP), así como el interpuesto por la señora María Aurora Cifuentes, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de enero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 133 a 137), así como la interviniente Ad Excludendum (folio 130 a 131) y UGPP (folios 140 Y SS.) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**Proceso No. 05-2017-00716-01:**

El(la) señor(a) MARIA AURORA CIFUENTES instauró demanda ordinaria laboral contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP y la señora EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ, debidamente sustentada como aparece a folios 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS:**

- Que se ratifique lo ordenado por la UGPP, mediante resolución No. 2903 del 30 de enero de 2017, por medio del cual resolución el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del causante GIL ERNESTO BETANCOURT CORTES, en forma vitalicia a favor de la señora MARIA AURORA CIFUENTES, en su calidad de esposa y compañera permanente, en un porcentaje del 100% a partir del 4 de diciembre de 2016.

**CONDENATORIAS:**

- Ordenar a la UGPP a continuar con el pago de la pensión de sobreviviente del señor GIL ERNESTO BETANCOURT CORTES, suspendida mediante resolución No. RDP 015768 del 18 de abril de 2017, quien demostró su condición de compañera permanente y posteriormente esposa del causante.
- Que las condenas a favor de la señora MARIA AURORA CIFUENTES se paguen debidamente indexadas de todos los valores ordenados en la sentencia.
- Costas procesales.

Contestó la demanda la UGPP (fls. 35 a 65), de acuerdo al auto visible a folio 81. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

La señora EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ presentó demanda excluyente en contra de la UGPP, debidamente sustentada como aparece a folios 81 y 82 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS:**

- Que la UGPP decrete la sustitución pensional y/o pensión de sobreviviente a favor de la señora EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ, en su condición de cónyuge del causante, el señor GIL ERNESTO BETANCOURT CORTES (QEPD), con sociedad conyugal vigente, derecho que tiene adquirido de conformidad con la Ley 100 de 1993, artículo 47, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.
- Que la UGPP le reconozca la sustitución pensional a la señora EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ, y por lo tanto, disponga lo pertinente, a fin de que la precitada entidad ordene el pago del derecho pensional con su retroactivo correspondiente.

**CONDENATORIAS:**

- A la UGPP a pagar a la señora EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ la mesada pensional que venía recibiendo el señor GIL ERNESTO BETANCOURT CORTES (QEPD), a partir de la fecha de su fallecimiento.
- A pagar de manera retroactiva, las mesadas atrasadas con las adicionales y los reajustes legales a partir del 1° de enero de 2017, los sueldos fueron cancelados hasta el día 30 de noviembre de 2016, al señor GIL ERNESTO BETANCOURT CORTES, liquidada con base al salario legal vigente, que devengaba por cada anualidad.
- Que las anteriores condenas se paguen debidamente indexadas.

Contestó la demanda excluyente la UGPP (fls. 98 a 103), de acuerdo al auto visible a folio 108. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

Mediante auto del 18 de junio de 2019 proferido por el Juzgado 37° Laboral del Circuito de Bogotá, ordenó remitir el proceso No. 37-2018-00306-00 al Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá para que sea acumulado con el proceso No. 05-2017-00716-91 (fl. 211 – Cuaderno No. 1).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 5° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de enero de 2020, **DECLARÓ PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación respecto de las pretensiones de MARÍA AURORA CIFUENTES, en tal sentido, **ABSOLVIÓ** a la UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas por esta demandante. **CONDENÓ** a la UGPP a reconocer y pagar una pensión de sobreviviente a favor de la señora EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ, a partir del 5 de diciembre de 2016, junto con sus reajustes legales y mesadas adicionales. **DECLARÓ PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación, respecto de costas e intereses moratorios.

### RECURSO DE APELACIÓN

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

**RECONOCIMIENTO PENSION SOBREVIVIENTE:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que la prueba testimonial no permiten acreditar exactamente la fecha inicial de convivencia entre el causante y la señora Emperatriz Lozada Jiménez, precisando que no existió una convivencia de manera efectiva, ni compartían techo, lecho y mesa durante los últimos 5 años, como tampoco existió una dependencia económica respecto del causante. Adicionalmente, manifiesta la imposibilidad de reconocer ésta presatación, teniendo en cuenta que la señora Lozada Jiménez contrajo matrimonio para el año 2013, y de acuerdo con nuestra legislación no puede contraer matrimonio si ya se encuentra casado.



La señora **MARIA AURORA CIFUENTES** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

**RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE:** Solicita se revoque la absolución del reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de María Aurora Cifuentes, y se tengan en cuenta todos los testimonios, pues el señor Libardo manifestó que existió un trato familiar, personal, que siempre andaban cogidos de la mano, que existió un trato de confianza, que el señor Gil le manifestaba que la demandante era su pareja, que convivía en la casa como pareja. Así mismo, lo manifestado por la señora Mariela, quien indicó que vivían juntos como pareja, que compartían la misma cama, que tenían un trato como pareja, que la demandante se comportaba como la señora de la casa, que la hija que compartía realmente con su padre, así fuera los fines de semana, puentes y temporada de fin de año, veía el comportamiento de la pareja, resaltando que no se trataba de una pareja de trabajador y empleador, sino que era una pareja de esposos, adicionalmente, que los ingresos que recibía los compartía con la demandante, por lo que había una ayuda mutua, y apoyo económico, concluyendo en una convivencia real y afectiva, por lo que no eran amigos, sino que eran una verdadera pareja.

A pesar de la interposición del recurso de apelación presentado por las partes, en atención a que la sentencia fue adversa a la entidad demandada, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* con fundamento en las siguientes

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

El problema jurídico se centra en determinar: 1) Si conforme al material probatorio recaudado, la señora **EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ**, en su calidad de cónyuge supérstite del causante, o si por el contrario, la señora **MARIA AURORA CIFUENTES**, en calidad de compañera permanente del causante acreditan la condición de beneficiaria de la sustitución pensional acreditan la condición de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor GIL ERNESTO BETANCOURT CORTES.

#### **STATUS DE PENSIONADO DEL CAUSANTE:**

Sea lo primero indicar que no es motivo de discusión que al señor GIL ERNESTO BETANCOURT CORTES le fue reconocida una pensión de jubilación, mediante Resolución No 1013 de julio de 1980, en cuantía inicial de \$827,81, efectiva a partir del 1 de julio de 1975, conforme se extrae de la Resolución No RDP 015768 del 18 de abril de 2017 (fl. 10).

Que mediante Resolución No. 319 del 31 de marzo de 1981, se reajustó la pensión del causante en la suma de \$9304,44, conforme se extrae de a resolución No RDP 015768 del 18 de abril de 2017 (fl. 10).

Que mediante resolución No. 2471 del 29 de enero de 1982, se reajustó la pensión del causante en la suma de \$11.144,72, conforme se extrae de a resolución No RDP 015768 del 18 de abril de 2017 (fl. 10).

Que mediante resolución No. 4455 del 31 de mayo de 1982, se reajustó la pensión del causante en la suma de \$38.688,22, efectiva a partir del 30 de abril de 1982, conforme se extrae de a resolución No RDP 015768 del 18 de abril de 2017 (fl. 10).

Que mediante resolución No. 593 del 31 de enero de 1983, se reajustó la pensión del causante en la suma de \$2.661,16, efectiva a partir del 1 de enero de 1983, conforme se extrae de a resolución No RDP 015768 del 18 de abril de 2017 (fl. 10).

Que mediante resolución No. 606 del 31 de enero de 1984, se reajustó la pensión del causante en la suma de \$2.761,81, efectiva a partir del 1 de enero de 1984, conforme se extrae de a resolución No RDP 015768 del 18 de abril de 2017 (fl. 10).

Que mediante resolución No. 658 del 31 de enero de 1985, se reajustó la pensión del causante en la suma de \$2.939,54, efectiva a partir del 1º de enero de 1985, conforme se extrae de a resolución No RDP 015768 del 18 de abril de 2017 (fl. 10).

Que mediante resolución No. RDP 2903 del 30 de enero de 2017, con ocasión al fallecimiento del señor Gil Ernesto Betancourt Cortes, la entidad demandada reconoció pensión de sobrevivientes de manera provisional a favor de la señora MARIA AURORA CIFUENTES, en calidad de cónyuge o compañera permanente, conforme se extrae de a resolución No RDP 015768 del 18 de abril de 2017 (fl. 10).

#### RECONOCIMIENTO SUSTITUCIÓN PENSIONAL:

Frente a la norma que gobierna la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, es necesario señalar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la normatividad aplicable para definir el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado; sin perjuicio de las excepciones derivadas del principio de la condición más beneficiosa y de no regresividad en la regulación de las prestaciones de seguridad social, derivados directamente de la Constitución y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Así, esto dijo el alto Tribunal en sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016:

*Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que **el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado.** De ahí que, tal y como lo señaló el Ad Quem, la disposición*

*que rige el asunto es el art. 12 la L. 797/2003, en tanto Castro Marín falleció el 8 de mayo de 2005.*

En ese orden, dado que en el proceso se encuentra establecido que el señor GIL ERNESTO BETANCOUR CORTES falleció el 4 de diciembre de 2016, conforme el registro civil de defunción obrante a folio 22 del expediente, la definición del derecho en el presente caso está sometido a las disposiciones vigentes para la fecha del deceso del asegurado, es decir las contenidas en el **artículo 13<sup>1</sup> de la Ley 797 de 2003** que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando demuestre que hizo vida marital y convivió con el pensionado o afiliado por un lapso no menor de 5 años continuos con anterioridad al fallecimiento, tal como lo estableció el *A quo*.

Ahora bien, si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. **Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.**" (Aparte subrayado, declarado condicionalmente exequible mediante Sentencia C-1035 de 2008).

De acuerdo con la norma citada, para definir la titularidad del derecho es necesaria la comprobación de la convivencia efectiva entre el causante y la cónyuge y/o compañera permanente como sucede en el presente caso, dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento.

Aclarado lo anterior, en primer lugar, la Sra. **MARIA AURORA CIFUENTES** afirma haber convivido con el causante desde el año 2006, posteriormente contrajeron matrimonio el día 27 de agosto de 2013, y su convivencia se postergó hasta el 4 de diciembre de 2016, fecha de fallecimiento del señor Betancourt Cortes; en tanto que la señora **EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ** afirma haber contraído matrimonio con

<sup>1</sup> ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes.

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

el causante el 1 de febrero de 1971, y desde dicha data haber convivido con el señor Gil Ernesto Betancourt Cortés, hasta el día 6 de enero de 1983, fecha en que aduce abandonó el hogar, precisando en todo caso que a la fecha del fallecimiento del causante no hubo liquidación de la sociedad conyugal.

Como sustento de lo anterior, la señora **MARIA AURORA CIFUENTES** aportó registro civil de matrimonio celebrado con el causante, de fecha 27 de agosto de 2018 (fl. 21), Acta de Matrimonio Civil celebrado el 27 de agosto de 2013 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Purificación, Tolima (fl. 23).

Por su parte, la señora **EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ** aportó como sustento de su dicho: acta de bautismo del señor Gil Ernesto Betancour Cortes del 18 de septiembte de 1926, con la nota marginal de haber contraído matrimonio en el Saldao (Tolima) el 1 de febrero de 1971 con la señora Emperatriz Lozada Jiménez (fl. 10 – Cuaderno #2), partida de matrimonio expedida por la Arquidiócesis de Ibagué que dan cuenta del matrimonio entre la señora Lozada Jiménez y el causante el 1 de febrero de 1971 (fl. 13 – Cuaderno #2), registro civil de matrimonio celebrado entre el causante y la señora Lozada Jiménez el 1 de febrero de 1971 (Fl. 14 – Cuaderno #2). Así mismo, aportó declaraciones extrajuicio rendidas ante la Notaría 59 y 52 del Círculo de Bogotá por los señores José Jhons Marting Utermil, Clemencia Diaz de Mendivelso y Clara Ines Campos, quienes coincidieron en afirmar que conocieron al causante por mas de 40 años, quien contrajo matrimonio con la señora Emperatriz Lozada Jiménez el 1 de febrero de 1971 y desde dicha data convivieron juntos hasta el 6 de enero de 1983, que procrearon 2 hijas que actualmente son mayores de edad, y que durante ese tiempo la señora Lozada Jiménez dependía económicamente del causante (fls. 27 a 29 – Cuaderno #2).

Por otro lado, reposa entrevista realizada a la señora MARIA AURORA CIFUENTES el día 7 de marzo de 2017, mediante el cual manifestó sus generales de Ley y que sabe leer, así como la testigo, hija de la señora Cifuentes, en el que se plasma una situación totalmente diferente a la planteada en la demanda. Así pues, señaló que distinguió al causante hace 16 años, que entró a trabajar para el señor Gil Ernesto hace 14 años, tenía que cuidarlo y suplir todas sus necesidades, necesidad que vieron los hijos, debido a una cirugía que le hicieron y había perdido la vista. Que vivían los 2 solos, pues los hijos del causante vivían en Bogotá. Que a partir del año 2011 aproximadamente, el causante venía presentando problemas de salud, específicamente de la protastata, mareos, sangrados, por lo que le tocó luchar mucho con el causante, pues sus hijos no se apersonaron de la enfermedad de su padre, pero sí aportaron económicamente para su manutención. Que le pagaban inicialmente un salario de \$250.000, y terminó con un salario de \$350.000, sin embargo se queja que nunca tuvo vacaciones, ni descanso, que trabajó 24 horas los últimos 4 meses de vida del causante. Adicionalmente, señala que el causante le “cogió cariño” al ver como le ayudaba, por lo que le dijo que la pensión debía quedar para la señora Cifuentes, y por esa razón la “mandó a hacer las vueltas necesarias” para casarse, lo cual ocurrió el 27 de agosto de 2013. Así mismo indicó que, el día siguiente de haberlo sepultado, los hijos del causante le dijeron a la señora Cifuentes que no tenía mas que hacer en la casa, por lo que debía marcharse, sin embargo, la señora María Aurora les preguntó que si no le iban a reconocer algo de plata por el tiempo que estuvo allí cuidando al causante, a lo que le respondieron los hijos que “que mas quería que la pensión”, sin embargo



actualmente reside en la casa del causante, aunque ha escuchado rumores que la casa pasó a ser de un hijo del causante, sin embargo, afirma estar interesada en la pensión. Por otro lado, respecto de una señora llamada Olga Cuellar Romero, afirma que iba ocasionalmente los fines de semana, recogía dinero y se iba, y respecto de la declaración realizada el 30 de agosto de 1997, donde da fe que conoce que la pareja convivió 10 años aproximadamente, afirma que nunca fue así, pero que le hizo un favor de declarar que convivió con el causante por unos años, afirma no saber nada de ella hace mas de 18 o 20 años. Finalmente, señala no cononocer a la señora Emperatriz Lozada Jiménez. (fls. 110 a 114).

Con la anterior documental se puede inferir en primer lugar que la señora María Aurora Cifuentes pretende utilizar el sistema de seguridad social y sacarle provecho económico del sistema, lo cual no puede permitir esta Sala de Decisión, pues mas parece un escrito de una trabajadora insatisfecha por la falta de descanso y la gran cantidad de trabajo que conllevó cuidar al causante, que el reclamo de una cónyuge supérstite con ocasión del fallecimiento de su esposo.

Se practicó el **interrogatorio de parte** a la señora MARIA AURORA CIFUENTES quien indicó que CYZA la entrevistó al momento en que falleció el causante, que estuvo presente su hija. Que llegó a la casa del causante para trabajar desde el año 2002 para cuidar del señor Gil porque se encontraba muy enfermo, que a partir del año 2004 se fue a vivir a la casa del causante, que la señora Cifuentes afirma estar mal de la cabeza. Que fueron de viaje al Espinal en muchas oportunitandes. Que el causante le regalaba el dinero que indica en la entrevista. Que el causante estaba ciego y por eso lo tenía que cuidar 24 horas, padecía de cáncer en la próstata. Que el causante no le manifestó nunca que se había casado anteriormente. Que los hijos del causante iban en algunas oportunidades a visitarlo. Que no recuerda cuando nació el causante, pero si el día del fallecimiento. Que los hijos del causante pagaron los auxilios funerarios.

Así mismo, se recibió el **interrogatorio de parte** de la señora EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ quien indicó que contrajo matrimonio con el causante hasta cuando decidió irse en el año 1983 con ocasión al mal trato que le daba, la deponente se vino a vivir a Bogotá con sus padres. Que se enteró del fallecimiento del causante por sus hijastras, y asistió a la funeraria. Que nunca hicieron liquidación de la sociedad conyugal. Que el causante murió en la casa donde vivía de viejoito.

Se recibió igualmente el testimonio de los señores **OLGA LUCIA RIVERA CIFUENTES, LIBARDO CORTES OTAVO**, quienes coincidieron en indicar que la señora Maria Aurora Cifuentes trabajó como empleada doméstica, que posteriormente la señora Cifuentes se fue a vivir con el señor Gil Ernesto. Que no saben el motivo por el cual en la entrevista del CYZA se plasmó que entró a trabajar a la casa del causante como empleada doméstica. Que la señora Olga Lucia, en calidad de hija de la Sra. Cifuentes visitaba a la pareja todos los días, junto con sus hijas. Que no conocen a la señora Emperatriz Lozada Jiménez. Que el señor Libardo nunca ingresó a la casa del causante. Que vio al causante vio en sus ultimos años acompañado de la señora Maria Aurora Cifuentes. Que si se encontraba a la Sra. Cifuentes en la calle se saludaban y le preguntaba por el causante, la Sra. Cifuyente respondía sobre el Sr. Gil como su pareja.

Por otra parte, los testigos **MARIELA BETANCOURT SANCHEZ, ANDRES BETANCOURT SANCHEZ, CLARA INES CAMPOS y JOSE JHONS MARTING ITERMIL**, que conocen a la señora Maria Aurora Cifuentes porque fue la señora que cuidó al causante en sus últimos años de vida, dada sus enfermedades. Que inicialmente la Sra. Cifuentes visitaba regularmente al causante, y se imaginan que se enamoraron porque finalmente la señora Cifuentes se fue a vivir a la casa del causante. Que creen que dormían juntos, pero no entraban a ese nivel de detalle. Que el causante nunca les dijo que era su esposa, ni se enteraron que se habían casado, pero tal vez creen que era pareja. Que conocen a la Sra. Emperatriz por que era la primera esposa del causante, sin embargo, se separaron iniciando los años 80'. Que los hijos del causante recuerdan que cuando eran muy pequeños llegó su padre con una esposa muy joven, que era Emperatriz Lozada Jimenez, sin embargo para inicios del años 80' se va a vivir con su madre. Que la Sra. Emperatriz se casó con el causante en el año 1971 y convivieron hasta el año 1983, que la situación que vivía con el causante no era buena, pues comentaba del trato que le daba el causante. Que la sociedad conyugal con la Sra. Emperatriz no se liquidó. Finalmente, que la Sra. Emperatriz convivió con el causante casi 12 años, hasta el momento en que decidió irse del hogar, y que con posterioridad a ese hecho no volvieron a convivir.

Apreciada en conjunto la prueba documental y testimonial arrimada al plenario, considera la Sala que se acredita directamente la convivencia en forma permanente del señor **GIL ERNESTO BETANCOURT CORTES** y la señora **EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ**, desde el 1 de febrero de 1971, fecha en que contrajeron matrimonio hasta el 6 de enero de 1983, fecha en que el señor **GIL ERNESTO BETANCOURT CORTES**, abandonó el hogar de la señora Lozada Jiménez, , sin que obre prueba alguna que acredite que se hubiese liquidado la sociedad conyugal con la señora Emperatriz, trayendo a colación la Sentencia No. 42425 del dieciocho (18) de septiembre del 2012, citando a su vez las sentencias No. 41821 del veinte (20) de junio del 2012, y No. 40055 del veintinueve (29) de noviembre del 2011, en la que adocrinó que *"... la hipótesis del inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, solo aplica para el evento en que, **luego de la separación de hecho de un cónyuge con vínculo matrimonial vigente, el causante establezca una nueva relación de convivencia y concurre un compañero o compañera permanente, caso en el cual la <convivencia> de los cinco (5) años de que habla la norma para el cónyuge que va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en cualquier tiempo.**"*

De acuerdo a lo anterior, se confirmará la declaratoria respecto que el causante estuvo casado con la señora **EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ**, desde el 1 de febrero de 1971, conviviendo hasta el 6 de enero de 1983 aproximadamente, fecha en la que se separaron de hecho, convivencia que se postergo por un periodo aproximado de 12 años, sin que se acredite que se liquidara la sociedad conyugal, hecho que fue confirmado por los testigos e hijos del causante, Andres y Marisol Betancourt, que dan cuenta su narración, que convivieron con su padre hasta inicios de los años 80', años en los cuales ya se encontraban con edades importates para tener conciencia de cuando se separaron sus padres, que en todo caso superaron los cinco años de convivencia.

Ahora bien, no ocurre lo mismo respecto de la señora **MARIA AURORA CIFUENTES**, pues si bien reposa dentro del plenario registro civil de matrimonio celebrado con el causante, lo cierto es que el informe de la entrevista realizada a ésta por parte de la empresa CYZA resulta ser contradictoria con el escrito demandatorio, por lo que debió la demandante aportar una carga probatoria mucho mas alta que desvirtuara el contenido de dicha entrevista, pues como ya se indicó, del contenido de dicha entrevista, parece mas un diálogo de una trabajadora insatisfecha por la carga de trabajo que conllevó cuidar al causante, que una cónyuge que busca proteger a su compañero, pues no sobra resaltar que de la prueba testimonial el señor Libardo Cortés nunca ingresó al hogar, como si lo hacían los testigos Andres y Mariela Betancourt, hijos del causante, indicando sus dichos con expresiones como "supongo", "creería yo", "me imagino", con tal falta de conducencia probatoria para que prosperen las pretensiones de la señora Cifuentes, que deja la sensación que en lugar de acreditar la convivencia, tiene reparos en su vinculación laboral con el señor Gil Ernesto, pues menciona la falta de descanso, su salario, etc., con el fin de solicitar un derecho que no le asiste, y que además no acreditó la condición que alega.

En suma, tenemos que la señora EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ efectivamente acreditó haber contraído matrimonio con el causante, sin que se liquidara la sociedad conyugal, así como la convivencia con el causante superando el término de 5 años exigidos por la Ley, lo que no sucedió con la señora MARIA AURORA CIFUENTES, pues a pesar que también contrajo matrimonio, lo cierto es que no acreditó una convivencia real y afectiva con el causante, pues sobresalen la incongruencia entre la entrevista realizada a ésta el 7 de marzo de 2017 y los hechos y pretensiones de la demanda, sin que se pueda entender efectivamente que existió una relación sentimental, con apoyo y ayuda mutua.

Así las cosas, la convivencia que infundadamente echó de menos del causante con la señora EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ y cuya necesidad de acreditación le sirvió para negar el reconocimiento de la pensión a la Entidad demandada, se encuentra acreditada en el *sublite*, cumpliendo los presupuestos establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por cuanto se demuestra que en el presente caso el causante convivió de manera permanente durante más de 5 años anteriores a su fallecimiento con la señora EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ en condición de cónyuge supérstite, convivencia que de acuerdo con la prueba recaudada se produjo con el ánimo de estabilidad y de conformar una unión de pareja en términos de ayuda y socorro mutuo, por lo que se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en cuanto reconoce el derecho reclamado por la señora EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ a la sustitución pensional en cuantía de un **100%** de la mesada pensional reconocida al causante mediante resolución No 1013 de julio de 1980 y sus posteriores modificaciones, a partir del 5 de diciembre de 2016, día siguiente al fallecimiento del causante, junto con el retroactivo pensional a que haya lugar, reajustes legales y mesadas adicionales, absolviendo a la UGPP de las pretensiones incoadas en su contra, por parte de la señora MARIA AURORA CIFUENTES.



### EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Finalmente, debe advertir la Sala que la excepción de prescripción propuesta por la demandada no tiene vocación de prosperidad, como quiera que el derecho a la pensión de sobreviviente se causó el 4 de diciembre de 2016 con el fallecimiento de la causante; que la señora EMPERATRIZ LOZADA JIMENEZ solicitó el reconocimiento de la prestación el 9 de febrero de 2017, la cual fue negada mediante resolución RDP 015768 del 18 de abril de 2017 (fls. 20 – Cuaderno #2); y radicó la presente demanda el día 09 de mayo de 2018 (fl 30 – Cuaderno #2), concluyendo entonces que no transcurrió el término trienal de que trata el artículo 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, por lo que habrá de **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción, confirmando este punto de decisión de primera instancia.

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

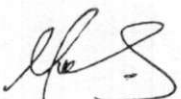
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### RESUELVE

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de enero de 2020 por el Juzgado 5º 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. 11001310500520170071601)

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
(Rad. 11001310500520170071601)

  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
(Rad. 11001310500520170071601)





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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 23-2019-00129-01**

Bogotá D.C.; Septiembre veintidós (22) de Dos Mil Veinte (2020)

DEMANDANTE: JOSE LUIS DONOSO FONSECA  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR SA  
AFP PROTECCION SA  
AFP COLFONDOS SA  
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA PROTECCIÓN SA Y  
PORVENIR SA // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Protección SA y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de diciembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de Protección (folios 355 a 361), así como Porvenir SA (folios 387 a 391 – 394 a 402) y la parte demandante (fl. 405 a 408) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) JOSE LUIS DONOSO FONSECA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONE, AFP Porvenir SA, AFP Protección y AFP Colfondos SA, debidamente sustentada como aparece a folios 3 y 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**Declaraciones:**

- Que la AFP Porvenir SA omitió proporcionar información cierta, real, suficiente, determinante y oportuna al señor JOSE LUIS DONOSO FONSECA, al momento de realizar la afiliación y el traslado (julio 1997) del régimen de prima media con prestación definida administrada por el ISS, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP Porvenir SA.
- Que la AFP Porvenir SA indujo en error por vía al señor JOSE LUIS DONOSO FONSECA al momento de trasladarse (julio 1997) del régimen de prima media con prestación definida, y por ende, vició su consentimiento al momento de decidir trasladarse al régimen de ahorro individual.
- La nulidad absoluta del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad del señor JOSE LUIS DONOSO FONSECA, realizado el 1 de julio de 1997 a la AFP Porvenir SA.

- Que la AFP Colfondos SA indujo en error por vía de hecho y vició su libertad informada al actor cuando se encontraba a menos de 10 años para pensionarse.
- Que el señor JOSE LUIS DONOSO FONSECA nunca se trasladó válidamente del régimen de prima media con prestación definida y por lo tanto se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones.
- A la AFP Protección SA debe realizar el traslado inmediato de los dineros y sus rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual del señor JOSE LUIS DONOSO FONSECA al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones.
- Que debido al error al que fue inducido el señor JOSE LUIS DONOSO FONSECA por parte de la AFP Porvenir SA, el detrimento económico mensual que sufrirá la mesada pensiona es de \$2.461.722, es decir, que en un año, su patrimonio económico se va a ver afectado en \$32.002.386, suma considerable al esfuerzo que durante toda su vida laboral realizó con el fin de vivir él y su familia, de acuerdo a unos ingresos por los cuales trabajó.

#### **Condenatorias:**

- Disponer el regreso automático del señor JOSE LUIS DONOSO FONSECA, como afiliado al régimen de prime media con prestación definida, administrado por Colpensiones.
- Condenar a la AFP Porvenir SA a trasladar los dineros y sus rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual del señor JOSE LUIS DONOSO FONSECA a Colpensiones.
- Ordenar a Protección SA, para que el traslado de los dineros y rendimientos se haga sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otro tipo.
- Aplicar el precedente jurisprudencial señalado dentro de la presente demanda, de conformidad con lo establecido en los artículos 7º, 25 y 42, numerales 6,7, 35, inciso 3, 78 y 351 del CGP:
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 157 a 165), PROTECCIÓN SA (f.s 203 a 270), COLFONDOS SA (fls. 271 a 289) y PORVENIR SA (fls. 293 a 309), de acuerdo al auto visible a folio 310 y 318. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 23º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 12 de diciembre de 2019, **Declaró la ineficacia** de la afiliación o traslado del demandante JOSE LUIS DONOSO FONSECA, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA, y por ende a la AFP Colfondos SA y AFP Protección SA. **Condenó** a la AFP Porvenir SA a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido entre el 1 de agosto de 1997 al 30 de junio de 2002, con motivo de la afiliación del señor JOSE LUIS DONOSO FONSECA, como cotizaciones, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia. Autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Colfondos con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el día 1 de julio de 2002. **Condenó** a la AFP Colfondos SA a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido entre el 1 de julio de 2002 al 30 de junio de 2017, con motivo de la afiliación del señor JOSE LUIS DONOSO FONSECA, como cotizaciones, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia. Autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Protección con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el día 1 de julio de 2017. **Condenó** a la AFP Protección SA a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido a partir del 1 de julio de 2017, con motivo de la afiliación del señor JOSE LUIS DONOSO FONSECA, como cotizaciones, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia. Declaró que el demandante JOSE LUIS DONOSO FONSECA se encuentra afiliado al

régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto ISS hoy Colpensiones. **Declaró no probadas** las excepciones propuestas por las demandadas. **Costas** a cargo de Porvenir SA.

**Protección SA** apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que no es viable devolver los gastos de administración toda vez que éstos se encuentran descritos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y los cuales son procedentes para financiar el seguro provisional con aras de proteger al afiliado en la situación específica de invalidez y sobrevivencia, por lo que no sería legalmente viable para los fondos privados hacer dicha devolución.

**Porvenir SA** apeló la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que existen diferencias entre nulidad e ineficacia de traslado, por un lado, la nulidad proveniente de la nulidad absoluta proviene de un objeto y causa ilícita, la cual no es el hecho que se debate en este proceso, sino que se trata de una nulidad de carácter relativa, como consecuencia, según la parte demandante, de un error o vicio en el consentimiento, y en esa medida, de acuerdo a lo que está pidiendo la parte actora, se tuvo que haber analizado o verificado si en efecto el demandante se encontraba inducido en error al momento de suscribir el formulario de afiliación en el año 1997, trayendo a colación el artículo 281 de la Ley 100 de 1993 que hace referencia a la ineficacia que establece "el empleador y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones", lo que quiere decir que en el momento en que se está hablando o se pasa a la esfera de ineficacia, se parte de la base en la cual se dio el dolo o el impedir a una persona a acceder a la selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, conforme al artículo en mención. En ese sentido, no procede la nulidad solicitada en la demanda, sino una nulidad relativa, que de conformidad con el artículo antes mencionado, se trata de una sanción para el empleador en el evento en que se impida o atente en contra del derecho del trabajador su afiliación, precisando que en el presente asunto no se atentó en contra del demandante, pues no se impidió que escogiera libremente el fondo o régimen pensional. Por otro lado, de conformidad con las leyes y la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, las administradoras de pensiones no contaban con las obligaciones que tienen hoy en día para desempeñar y proceder con la afiliación de un potencial cliente, tan solo existía la obligación de suscribir el formulario de afiliación, no existía ninguna obligación de suscribir otro documento, en el cual dejara constancia de la asesoría que recibiera el demandante, y que las únicas pruebas existen en este proceso son la solicitud de vinculación del demandante a Porvenir, resaltando que el mismo actor confesó que pudo haber preguntado cualquier tipo de información al momento de la asesoría, sin que el mismo lo hubiera hecho, máxime si se tiene en cuenta que los asesores de Porvenir SA se encuentran capacitados para informar o vender el producto que ofrece la administradora, es decir que, para el año 2019 inclusive, el demandante reconoció y aceptó que los asesores se encontraba capacitado para resolver la duda que tuviera al respecto, más aun cuando el actor indicó que leyó el formulario que suscribió al momento del traslado. Ahora bien, no se puede perder de vista que el último traslado del demandante ocurrió en el año 2017, quiere decir, hace menos de 2 años y que se encuentra la asesoría brinda por Protección SA para ese momento para que se mantuviera en el régimen de ahorro individual, por lo tanto lo que se debió haber estudio debió ser la nulidad relativa por error acaecida en los años 2002 y 2017. Por otra parte, tampoco puede perderse de vista que el actor es una persona estudiada, pues para el momento del traslado, esto es, para el año 1997, era un estudiante de administración de empresas que debe conocer algo del tema. Finalmente, como quiera que el demandante se trasladó posteriormente a otros fondos de pensiones, dicho dinero que se encontraba en su cuenta de ahorro individual, también fue trasladado, por lo que resulta imposible devolver algún dinero por parte de Porvenir SA.

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

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

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) señor (a) JOSE LUIS DONOSO FONSECA el día 26 de junio de 1997; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 26 de junio de 1997, con efectividad a partir del 1 de agosto de 1997, posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 3 de mayo de 2002, con efectividad a partir del 1 de julio de 2002, y finalmente, solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN SA el 12 de mayo de 2017, con efectividad a partir del 1 de julio de 2017 (fl. 241).

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 del precedente con 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 10º 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 podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así 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.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 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.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 157 a 165), PROTECCIÓN SA (f.s 203 a 270), COLFONDOS SA (fls. 271 a 289) y PORVENIR SA (fls.293 a 309). Colpensiones: aportó el expediente administrativo. Protección SA aportó: formato de vinculación (2017), copia cédula de ciudadanía demandante, carta de validación de asesoría del 22 de mayo de 2017, resumen de historia laboral, historia de vinculaciones del SIAFP, reporte estado de cuenta, historia laboral, comunicados de prensa, políticas de asesoría para vincular personas naturales. Colfondos SA aportó: comunicados de prensa, historia de vinculaciones del SIAFP, certificación. Porvenir SA aportó: certificación, formato de vinculación (1997), historia de vinculaciones del SIAFP, relación de aportes comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de junio de 1997, 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, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de José Rengifo (fl. 303), 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.

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.

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, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

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 la AFP Protección SA.

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, 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, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 26 de junio de 1997, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

#### **EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

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 confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

#### **COSTAS:**

Sin costas en esta instancia.

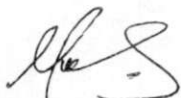
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

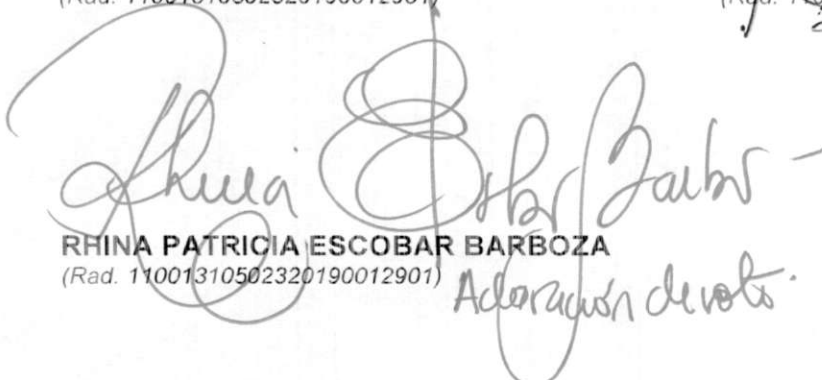
**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 por el Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá.

**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

  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente  
(Rad. 11001310502320190012901)

  
**LORENZO TORRES RUSSEY**  
(Rad. 11001310502320190012901)

  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
(Rad. 11001310502320190012901)

*Adoración de voto.*