



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 026-2018-00383-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARTHA AURORA GALINDO CARO**
DEMANDADOS: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, UGPP y FIDUPREVISORA S.A.**
ASUNTO : **RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y
DEMANDADA// GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA
A FAVOR DE LA UGPP.**

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia **STP 8770-2023 radicación No.132226 del 24 de agosto de 2023, y aclarada mediante providencia ATP1149 del 19 de septiembre de 2023**, - la cual dejó sin efecto “el numeral tercero de la sentencia de segunda instancia emitida el 30 de junio de 2022 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral 11001-3105-026-201800383-00, así como todas las actuaciones que de ella se desprendan”- se reunieron los Magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

PROVIDENCIA DE REEMPLAZO

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA AURORA GALINDO CARO**, instauró demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, UGPP y FIDUPREVISORA S.A. con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (archivo 1 del expediente digital):

CONDENAS:

- 1) **CONDENAR** a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, en la suma de \$14.436.725.
- 2) **CONDENAR** a la entidad de seguridad al pago de los intereses moratorios, sobre el valor del retroactivo pensional.
- 3) Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

COLPENSIONES, contestó la demanda, tal como se advierte del escrito que obra de folio 77-80 del expediente, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

Mediante auto del 1 de abril de 2019, el Juzgado de origen admitió el escrito de contestación presentado por la entidad de seguridad social y dispuso vincular a la **FIDUPREVISORA S.A.** y **FOPEP**, en calidad de Litis consorte necesario (folio 102)

FIDUPREVISORA S.A. en sus argumentos de defensa, adujo oponerse a la prosperidad de las pretensiones y proponer excepciones de mérito. El anterior escrito fue admitido por el A-quo, mediante providencia del 10 de octubre de 2019, adicionalmente en el citado proveído se dispuso llamar a la UGPP.

La **UGPP** al contestar la demanda, se pronunció en el mismo sentido de las restantes entidades (folio 148), escrito que fue aceptado por el juzgado de origen, por auto del 10 de febrero de 2020, mientras que tuvo por no contestado el libelo inicial por parte del **FOPEP** (folio 202)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 26° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 2 de agosto de 2021, en el siguiente sentido:

PRIMERO: CONDENAR A LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP, al reconocimiento y pago de la suma de \$14.436.130, por concepto de retroactivo por diferencia entre la mesada que venía percibiendo la demandante por pensión convencional de jubilación y la mesada de la pensión de vejez reconocida por **COLPENSIONES**, razón por la cual deberá entregar dicho dinero a la demandante.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION y ABSOLVER consecuentemente a

COLPENSIONES de la pretensión de reconocimiento y pago de los intereses moratorios, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES, FIDUCIARIA LA PREVISORA y al FOPEP de las demás pretensiones invocada en su contra, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a la UGPP, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.”

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante y demandada-UGPP**- interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

La **accionante** apeló el fallo de primera instancia, indicando que la entidad encargada del reconocimiento es COLPENSIONES, al ser la entidad deudora y responsable del pago beneficio pensional. Que la mencionada entidad cometió un error al trasladar el retroactivo a la UGPP, que dicha actuación conlleva a que deba asumir las consecuencias, esto es, pagar dos veces. Que además COLPENSIONES, cuenta con la facultad para reclamar las sumas adicionales ante la UGPP.

Así mismo presentó inconformidad frente a la absolución impartida frente a los intereses moratorios, al considerar que el fenómeno jurídico de la prescripción no afectó la mencionada prestación, como quiera que mediante escrito radicado el 26 de agosto de 2015, se interrumpió el medio exceptivo en mención.

Mientras que la parte accionada UGPP, en su recurso señaló que la entidad responsable del pago del retroactivo reclamado es COLPENSIONES, ya que subrogó el riesgo en la citada entidad. Adicionalmente manifestó que no se debió emitir condena en costas, ya que la pensionada en ningún momento elevó solicitud para obtener de su parte el reconocimiento del retroactivo, por lo que a su juicio sus actuaciones y decisiones, nunca fueron de mala fe.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la providencia 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:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí la demandante tiene derecho al reconocimiento del retroactivo pensional. **2.** Intereses moratorios y **3.** Costas procesales.

STATUS DE PENSIONADA:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACION le reconoció pensión de jubilación convencional a la demandante mediante Resolución No 5969 del 6 de marzo de 2008, a partir del 17 de abril de 2007, en cuantía inicial de \$1.575.774.44. (Folio 29-32 carpeta 1, expediente digital)

El anterior Acto Administrativo, fue modificado mediante Resolución n.º 6334 del 14 de julio de 2008, en el entendido que la mesada pensional para el 17 de abril de 2007, ascendía a la suma de \$2.592.715.40 (folio 33-35, expediente digital)

Igualmente, resulta probado que por Acto Administrativo n.º GNR 36948 del 10 de febrero de 2014, COLPENSIONES, le reconoció pensión de vejez a la accionante, a partir del 17 de abril de 2012, en suma equivalente a \$3.979.826 (folio 44, carpeta 1). Adicional se dejó estipulado que, el retroactivo en un valor de \$94.831.855, sería girado a favor de la Caja Agraria.

Finalmente, por Resolución GNR 8054 del 12 de enero de 2016, COLPENSIONES negó el retroactivo pensional, solicitado por la demandante, por cuanto adujo haberlo pagado al empleador jubilante-CAJA DE CRÉDITO AGRARIO-(folio 81).

RETROACTIVO PENSIONAL:

Solicita la parte actora el reconocimiento del mayor valor generado entre la pensión de vejez y la pensión de jubilación convencional, en una suma de \$14.436.725, bajo el argumento que, si bien la Caja de Crédito, reconoció las mesadas pensionales causadas entre abril de 2012 y febrero de 2014, tiempo durante el cual se presentó la figura de la compartibilidad pensional, dicho pago se efectuó teniendo en cuenta el valor de la cuantía otorgada por la entidad empleadora, la cual resultó inferior a la determinada por COLPENSIONES.

Así las cosas, tenemos que la finalidad de la figura de la compartibilidad entre una pensión de jubilación de carácter extralegal y una de vejez, es que, a partir del cumplimiento de los requisitos para acceder a la segunda, el empleador que venía

reconociendo aquella de jubilación solo quedará obligado a cancelar, si lo hubiere, el mayor valor que resulte. Es lo que se conoce como subrogación que, comporta la sustitución del deudor de la obligación surgida en virtud de lo consagrado en la ley.

Lo anterior tiene su fundamento en el Acuerdo 029 de 1985, al estipular que desde el 17 de octubre de 1985, los empleadores que reconozcan pensiones de jubilación voluntariamente o en cumplimiento de lo acordado en una convención o en un pacto colectivo de trabajo, a no ser que se convenga lo contrario, deberán seguir las pagando hasta la fecha en que el ISS reconozca la de vejez, momento desde el cual el empleador solo estará obligado a pagar la diferencia entre el valor de la legal y la convencional, si existiere.

Ahora, en cuanto al pago del retroactivo pensional en pensiones de carácter compartida, se debe señalar que le corresponde al empleador, siempre que este hubiese mantenido la cancelación de las mesadas hasta la inclusión en nómina de pensionados¹: *“(…) las sumas que el empleador cancela con posterioridad al momento en que comienza a operar el fenómeno de la compartibilidad, entre la pensión de jubilación que éste venía sufragando y la de vejez que reconozca el Instituto de Seguros Sociales, son las que en rigor debe cubrir la entidad de seguridad que asume el riesgo, debiendo volver lo pagado al patrimonio de la empresa una vez se formalice la subrogación. (…)* Por consiguiente, como bien lo concluyó el ad quem, esos dineros del retroactivo cuando se está en presencia de pensiones compartibles y el empleador mantiene la cancelación de las mesadas no pertenecen propiamente al afiliado, siendo razonable que se disponga el giro de este concepto a quien lo cubrió periódicamente sin estar obligado a ello (…)”

Realizadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, encontramos, que no existe discusión que la entidad beneficiaria del retroactivo pensional, es el empleador jubilante y no el pensionado, empero no en su totalidad, pues tal como se mencionó en líneas anteriores, la mesada pensional que reconoció la CAJA DE CREDITO para el año 2012, fue de \$3.220.634.48, mientras que aquella otorgada por COLPENSIONES, para esa anualidad, fue de \$3.979.826, existiendo una diferencia de \$759.191.52, la cual calculada que entre 17 abril de 2012 y 31 de enero de 2014, ya que a partir del mes de febrero, se ingresa en la nómina de pensionados de COLPENSIONES (folio 46), asciende a \$14.436.130:

AÑO	PENSION JUBILACION	PENSION VEJEZ	DIFERENCIA	MESADAS	TOTAL
2012	\$ 3.220.634,48	\$ 3.979.826,00	\$ 759.191,52	9,4	\$ 7.136.400,29

¹ Sentencia SL 6373 de 2015

2013	\$ 3.299.217,96	\$ 4.076.934,00	\$ 777.716,04	13	\$ 10.110.308,52
2014	\$ 3.363.222,79	\$ 4.156.027,00	\$ 792.804,21	1	\$ 792.804,21
					\$ 18.039.513,02
				DESCUENTO EN SALUD	\$ 3.603.383,00
				TOTAL	\$14'436.130

Ahora, en cuanto a la entidad que debe efectuar ese pago, de suma lógica es COLPENSIONES, habida consideración que es la encargada del reconocimiento y pago del beneficio pensional a favor de la afiliada, y que si bien giró un retroactivo al empleador jubilante, la suma adicional no debe ser reconocida por esta última, pues se trata de unos rubros que no le pertenecen, sumado a que no tiene facultad para definir el beneficiario, ni tampoco devolver ese dinero a una persona distinta a la que se lo entregó, por el contrario su actuar está en retornarlo o devolverlo al fondo de pensiones, por ser la administradora de esos recursos y no responder directamente ante el pensionado (a), máxime cuando la aquí demandante no se constituyó en acreedora o beneficiaria ante la UGPP, sino ante COLPENSIONES.

Adicionalmente, no fue la UGPP que recibió ese dinero, sino lo fue FIDUPREVISORA en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes Caja Agraria, como se demostró de la certificación que obra a folio 55: *“De conformidad con el radicado citado en la referencia, y en atención a lo solicitado, nos permitimos informarle que para la nómina del mes de Marzo de 2014, efectiva en Abril de la misma anualidad, se efectuó el pago del retroactivo generado por el concepto de la reliquidación en la Resolución GNR 36948 del 10 de febrero de 2014 el cual fue girado el 06 de Marzo de 2014, a la cuenta de ahorros N° 309008282 de BANCO BBVA, cuenta a nombre de FIDUPREVISORA NIT. 9830.053.105-3 en un global girado de \$848.413.464”*

Así mismo la FIDUPREVISORA S.A., informó: *“Acorde con lo anterior y la liquidación realizada por COLPENSIONES, el valor fijado por retroactivo pensional es de \$94.831.855 MC/TE. Este valor se giró efectivamente por parte de COLPENSIONES el 6 de marzo de 2014, a una cuenta del Banco BBVA, donde el titular era la Fiduprevisora S.A., en calidad de vocero y administrador del PAR CAJA AGRARIA PENSIONES en liquidación y el patrimonio autónomo de remanentes consignó el valor antes descrito en la cuenta corriente número 61011581 del Banco de la República-Dirección General de Crédito el 25 de julio de 2014, el valor antes descrito a favor del Tesoro Nacional en cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales.”*

En consecuencia, erró el Juzgado de primera instancia, en ordenar a la UGPP pagar a favor de la aquí accionante la suma de \$14.436.130, cuando además de no ser la

entidad obligada a ello, no recibió por parte de COLPENSIONES el retroactivo pensional que aquí se reclama.

Lo anterior no obsta, para que COLPENSIONES realice las acciones tanto administrativas y/o judiciales, a fin de recaudar las sumas adicionales entregadas a la FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del PAR CAJA AGRARIA, y así se dejara establecido en la parte resolutive.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para revocar la sentencia de Primera Instancia, en el entendido que es COLPENSIONES la entidad encargada de pagar el retroactivo pensional, que se causó por mayores valores entre la pensión de vejez y la de jubilación convencional, equivalente a \$14.436.130,

INTERESES MORATORIOS

Sabido es que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tienen naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, por ende, no dependen de la buena o mala fe del deudor.

La Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 06 de noviembre de 2013, radicación 43602 adoctrinó:

“En relación con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la doctrina tradicional de la Corte desde la sentencia de 23 de septiembre de 2002, rad. N° 18512, ha sido que deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trataba simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que producía al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tenían carácter resarcitorio y no sancionatorio (...)

Situación que fue reiterada en las sentencias del 12 y 19 de marzo de 2014 con 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.

En este orden de idea, se encuentra probado que el 24 de mayo de 2012, la demandante presentó solicitud pensional ante COLPENSIONES, siendo resuelta mediante Acto Administrativo GNR 36948 del 10 de febrero de 2014, con efectos a partir del 17 de abril de 2012, y si bien el retroactivo pensional fue girado a favor de

la FIDUPREVISORA S.A., por cuanto la UGPP cubrió parte de esa pensión legal, lo cierto es, tal como ya se mencionó las mesadas causadas entre el 17 de abril de 2012 y el 31 de enero de 2013, no han sido pagadas en su **totalidad** por parte de la entidad de seguridad social, por lo que los mencionados intereses tiene cabida a partir del cuarto mes de radicada la petición, esto es, desde el 24 de septiembre de 2012, en la medida que el requerimiento, como ya se precisó lo fue el 24 de mayo de esa anualidad, rubro que procederá hasta la calenda en que se efectuó el pago del retroactivo referenciado-*abril 2012 a enero de 2014-*

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

El art. 151 del C.P.L., regula en su integridad lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales, indicando que las acciones derivadas de los mismos prescriben en tres años, contados a partir de que la obligación se hace exigible. Término que se interrumpe por una sola vez por un lapso igual, con el simple reclamo del trabajador recibido por el empleador, sobre un derecho o una prestación debidamente determinados.

En el caso de la accionante, se evidencia que la prestación por vejez fue reconocida a través de Resolución GNR 36948 del 10 de febrero de 2014, notificada el 6 de marzo de ese año (folio 6 y 45), mientras que según da cuenta el Acto Administrativo n.º GNR 8054 del 12 de enero de 2016, la accionante el 11 de septiembre de 2015, solicitó el pago del retroactivo pensional (folio 81).

Ahora, esta Sala Especializada en la anterior providencia que dictó, enunció que no se podía tomar la petición que obra a folio 50 del expediente digital, de fecha 26 de agosto de 2015, para interrumpir la prescripción, en la medida que no se probaba que haya sido recibida por COLPENSIONES, al no contener sello o firma del funcionario competente, aunado a que dicha petición solo hace referencia al pago del retroactivo, más no de los intereses., tomándose como extremo final para contabilizar este medio exceptivo, la fecha en que fue presentada la acción ordinaria -*19 de julio de 2018-* (folio 69).

Sin embargo, la demandante inconforme con la decisión adoptada por esta Corporación presentó acción de tutela, alegando la vulneración al debido proceso por defecto factico; mecanismo que fue conocido en primera instancia por la Sala de Casación Laboral que negó el mismo, indicando: *“Así, al analizar el contenido de la decisión cuestionada, la Sala considera que el Tribunal convocado no incurrió en los errores que el accionante le endilgó en la acción de tutela, dado que fundamentó su decisión en argumentos razonables, que no pueden considerarse lesivos de garantías superiores.”*

La Sala de Casación penal al conocer la impugnación, consideró que si había lugar a amparar el derecho fundamental al debido proceso de la señora MARTHA AURORA GALINDO, como quiera que el memorial de fecha 26 de agosto de 2015, si había sido radicado ante COLPENSIONES, el 28 de agosto de esa anualidad, según daba cuenta una certificación expedida por la empresa de mensajería: *“- De tal modo, la accionante solicitó el pago del retroactivo pensional y obra dentro de las diligencias del proceso ordinario laboral el soporte de recibido de Colpensiones, lo cual podría enseñar que en esa data se interrumpió la prescripción de los intereses moratorios a favor de la demandante.”*

En consecuencia, como quiera que la orden impartida por la Sala de Casación Penal, **DEJO SIN EFECTOS** *“el numeral tercero de la sentencia de segunda instancia emitida el 30 de junio de 2022 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral 11001-3105-026-201800383-00, así como todas las actuaciones que de ella se desprendan”*, referente al pago de los intereses moratorios, pero solo desde el 19 de julio de 2015 y hasta la fecha en que se cancelara, el retroactivo por valor de \$14.436.130, por mesadas generadas entre el 12 de abril de 2012 y el 31 de enero de 2014:

“Situación distinta ocurre con los intereses moratorios, en la medida que como ya advirtió los mismos se vienen causando desde el 24 de septiembre de 2012 y hasta el momento en que se pague las mesadas pensionales, empero como quiera que respecto de esta acreencia, no se presentó interrupción, dado que la petición de fecha 26 de agosto de 2015 (folio 50), no muestra sello de recibido por parte de COLPENSIONES, y al tratarse de un rubro que viene causándose mensualmente, será la calenda en que se presentó la acción ordinaria la que servirá de extremo final para contabilizar el fenómeno jurídico, por lo tanto todos los intereses causados antes del 19 de julio 2015, están prescritos, por lo que se condenará a COLPENSIONES, a pagar los mismos desde el 19 de julio de 2015 y hasta la fecha en que se cancele el retroactivo por valor de \$14.436.130, por mesadas generadas entre el 12 de abril de 2012 y el 31 de enero de 2014.

En esa medida, atendiendo la orden impartida por la Sala de Casación Penal, se tomará como fecha de interrupción de la prescripción el 28 de agosto de 2015, calenda en que fue radicado ante Colpensiones, el escrito que obra a folio 50.

Por lo tanto, como quiera que los intereses se vienen causando desde el 24 de septiembre de 2012, es decir, después de transcurrido los cuatro meses que tenía

la entidad de seguridad social para pronunciarse sobre el derecho pensional, ya que el requerimiento se efectuó el 24 de mayo de 2012 (folio 38), y dado que se interrumpió la prescripción el 28 de agosto de 2015, esto es, dentro de los tres años siguientes a la data en que se viene causando la acreencia en mención, se condenará a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 24 de septiembre de 2012 y hasta la fecha en que se cancele el retroactivo por valor de \$14.436.130, por mesadas generadas entre el 12 de abril de 2012 y el 31 de enero de 2014.

En los anteriores términos la sentencia dictada por el A-quo, será revocada en el entendido de condenar a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional y los intereses moratorios, sin que la excepción de prescripción hubiese afectado este último rubro.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia, las de la primera se revocan y por tanto se ABSUELVE a la UGPP de las mismas, al no ser la parte vencida.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado 26° Laboral del Circuito de Bogotá, el 2 de agosto de 2021, para en su lugar ABSOLVER a la UGPP de las pretensiones planteadas en la demanda, según se expuso.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante MARTHA AURORA GALINDO CARO, el retroactivo por mesadas causadas entre el 17 de abril de 2012 y el 31 de enero de 2014, en una suma igual a \$14.436.130, según se expuso.

TERCERO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido de DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

CUARTO: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el valor referenciado en el numeral SEGUNDO, desde el 24 de septiembre de 2012 hasta la calenda en que se cancele ese capital.

CUARTO: AUTORIZAR a **COLPENSIONES** a iniciar las acciones tanto administrativas y/o judiciales, a fin de recaudar las sumas adicionales entregadas a la FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del PAR CAJA AGRARIA, según se expuso.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de la primera se revocan en el entendido de **ABSOLVER** a la UGPP, por este concepto.

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.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [110013105026201800383801](#)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 038-2017-00568-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **EDILMA PALACIOS LEÓN**
DEMANDADO: **BOGOTÁ D.C FONCEP, COLPENSIONES Y GLORIA DIAZ**
ASUNTO: **APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y DEMANDA//**
CONSULTA FONCEP

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación presentado por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la entidad accionada-FONCEP, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 07 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 08 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora EDILMA PALACIOS LEON, instauró demanda ordinaria laboral en contra del FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES FONCEP, debidamente sustentada como aparece de folios 1-16 del cuaderno 1, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** que el señor ALVARO CORTÉS RODRÍGUEZ (q.e.p.d), gozaba de una pensión de jubilación desde el día 23 de marzo de 1999,

otorgada por el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI hoy FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES-FONCEP.

2. **DECLARAR** que convivió con el señor Álvaro Cortés, como compañeros permanentes, por un periodo de 35 años, desde el año 1979 hasta el 11 de julio de 2015.
3. **DECLARAR** que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

4. **CONDENAR** al FONCEP a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, desde la fecha de fallecimiento de su compañero permanente.
5. **CONDENAR** al pago del retroactivo pensional, junto con las mesadas adicionales.
6. **CONDENAR** a la pasiva al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
7. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

FONCEP, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la prestación fue reconocida a favor de la señora GLORIA DIAZ DE CORTES, en calidad de cónyuge del asegurado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación, entre otras (folio 118).

Mediante proveído del 05 de junio de 2018, el Juzgado de origen, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad accionada (folio 149 carpeta 1). Así mismo mediante auto de fecha 5 de marzo de 2019, se ordenó la vinculación de COLPENSIONES y de la señora GLORIA DÍAZ DE CORTES, en calidad de Litis consorte necesario (Folio 177 carpeta 1).

COLPENSIONES, presentó escrito de oposición enunciando que la accionante no logró acreditar la calidad de compañera permanente del pensionado, por lo menos durante un periodo de cinco años previos al deceso de esta último. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

Mediante providencia dictada el 6 de agosto de 2021, el Juzgado tuvo por contestado el libelo inicial por parte de COLPENSIONES, en tanto por auto 15 de septiembre de 2021, se tuvo por NO contestado la demanda por parte de la señora

GLORIA DIAZ DE CORTÉS, quien intervino a través de curador ad-litem.
(cuaderno 13 y 15)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 38º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 07 de febrero de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR que la demandante **EDILMA PALACIOS LEON** cumple con los requisitos legalmente establecidos en los artículos 46 y 47 de la ley 100 el 93 modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 del 2003 para acceder a la pensión de sobrevivientes en condición de compañera permanente supérstite del causante **ALBERTO CORTEZ RODRÍGUEZ** lo anterior en los términos señalados en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP a reconocerle y pagarle la demandante **EDILMA PALACIOS LEON** la pensión de sobrevivientes en comprensión de compañera permanente supérstite del presionado **ALBERTO CORTÉS RODRÍGUEZ** a partir del 11 de julio del año 2015 en un porcentaje del 64% sobre el valor de la mesada pensional percibida por el causante, junto con los correspondientes reajustes de ley y mesadas adicionales de junio y noviembre que se pagan en diciembre, lo anterior en la forma señaladas en la parte motiva de la presente sentencia el porcentaje de mesadas pensionales reconocido a la demandante deberá ser indexado tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula (...)

Como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al del mes en que se causa la respectiva proporción de mesada pensional y como índice final el del mes en que se verifique el pago por parte del FONCEP

TERCERO: AUTORIZAR al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP para que descuente del retroactivo de la proporción de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho la demandante, el porcentaje que acorde con la Ley corresponde por concepto de aportes pertinentes con destino al sistema de Seguridad Social en Salud

CUARTO: ABSOLVER al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP de las demás súplicas de la demanda, específicamente la que a intereses por mora se refiere, por lo señalado en la parte motiva de la presente providencia

QUINTO: ABSTENERSE de imponer carga alguna a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEXTO: EXCEPCIONES dadas las resultadas del juicio el despacho declara no probadas las propuestas respecto de las condenas infligidas y respecto de las determinaciones adoptadas y frente a la absolución que se produjo, considera el Despacho que está relevado del estudio de las propuestas.

SEPTIMO: COSTAS sin costas en la instancia

OCTAVO: *Si no fue apelada oportunamente la presente sentencia consúltese con el superior.”*

RECURSO DE APELACION

La parte demandante presentó recurso de apelación solo respecto de la absolución impartida por intereses moratorios, bajo el argumento que la entidad convocada a juicio, una vez tuvo conocimiento del requerimiento efectuado para el reconocimiento del beneficio pensión, debió otorgar el mismo, siquiera en la proporción al tiempo de convivencia, pero dado que ello no ocurrió, procedían los intereses desde el mismo momento en que venció el término para su otorgamiento. Adujo que nuestro máximo órgano de cierre, ha previsto que el pago oportuno de las mesadas es un derecho de todos los asegurados, sin importar el tipo de pensión adquirida. Aunado a que por mandato constitucional se debe garantizar el derecho al pago dentro de los plazos legales y a un reajuste periodo de las pensiones.

En tanto la entidad accionada-FONCEP-, insiste en que no se demostró la convivencia entre el pensionado y la demandante, ya que en la declaración rendida el 23 de junio de 2017, aseguró que convivió con el pensionado desde el año 1979, mientras en el interrogatorio de parte que se le practicó durante el trámite judicial, adujo que esa convivencia lo fue a partir del nacimiento de su primer hijo, que ocurrió en el año 1981. Describió, que la afirmación efectuada por la señora GLORIA DIAZ, en la que se relacionó la calidad de cónyuge y el término de convivencia, no fue tachada de falsa, sumado a que a su juicio las manifestaciones de las testigos resultaron contradictorias, más si se tiene que la demandante desconocía que su compañero se encontraba enfermo, además que las fotografías incorporadas al plenario no dan cuenta del presupuesto de la convivencia, y que se debió emitir condena en contra de COLPENSIONES, ya que contribuye en una cuota, en el pago del beneficio.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del pensionado ALVARO CORTES RODRIGUEZ.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, radicación No. 43184 del

veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014) y 69788 de 2021. *“La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de un afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley.”* Y que, por regla general, *“la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral.”*

En este asunto no se encuentra en controversia que, el señor ÁLVARO CORTÉS RODRÍGUEZ, a quien el FONDO DE AHORRO y VIVIENDA DISTRITAL FAVIDI, le reconoció una pensión de jubilación, con Resolución n.º 426 del 23 de marzo de 1999, a partir de la fecha que acreditará el retiro del servicio, en un valor equivalente a \$337.025, y reliquidada a partir del 2 de febrero de 1999 en la suma de \$396.840, falleció el 11 de julio de 2015. Así mismo que, mediante Acto Administrativo n.º 002220 del 20 de octubre de 2015, le fue reconocida la pensión de sobrevivientes a la señora GLORIA DIAZ DE CORTES, por ostentar la calidad de cónyuge del pensionado (folio 71-74 cuaderno 1)

Por lo anterior, la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece que:

“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 permanentes 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 (...).

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 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.

Así las cosas, nótese como de la norma transcrita es dable concluir con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se genere como consecuencia de la muerte de un pensionado.

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente

a los «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que *“Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes”*.

Así mismo desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el legislador estableció una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al sistema y la de un pensionado, esto es, la conocida como sustitución pensional, enunciando como requisito tan solo en esta última situación, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, es decir, convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder al beneficio pensional.

Efectuadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, encontramos que, dado que se trata de un pensionado fallecido, y toda vez que se está alegando la calidad de compañera permanente, se requiere de un tiempo mínimo de convivencia de cinco años, inmediatamente anteriores al deceso del asegurado.

Así lo explicó la Sala de Casación Laboral en sentencias con n.º de radicado 22560 de 2005, 32393 de 2008 y 34785 de 2017, al señalar que es ineludible a la compañera permanente, la demostración de la existencia de esa convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste. Y en el caso de convivencia simultánea del pensionado con la cónyuge y compañera, esta última podrá reclamar una cuota parte, atendiendo al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del asegurado y así se dejó establecido en la sentencia de Constitucionalidad C-1035 de 2008.

En este orden, tenemos que la señora EDILMA PALACIOS LEÓN, aseguró en libelo introductorio que convivió con el asegurado *“en unión marital de hecho durante treinta y cinco (35) años, desde el año 1979, hasta el 11 de julio de 2015.”* (folio 3 cuaderno1). No obstante, BOGOTÁ D.C.-FONCEP, negó la prestación a favor de la aquí demandante, bajo el argumento que la misma ya había sido reconocida a favor de la cónyuge señora GLORIA DIAZ DE CORTES: *“Que, de acuerdo con lo antes expuesto, es preciso aclarar que a la fecha la señora GLORIA DIAZ DE CORTES, identificada con la cédula N.º 20.081.559, es quien tiene del (sic) derecho a la prestación de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. No. (sic) 002220 del 20 de octubre de 2015, la cual se encuentra*

debidamente notificada, ejecutoriada, goza de presunción de legalidad y que dentro del término de publicación del edicto, no se efectuó ninguna otra reclamación de pensión de sobrevivientes. Que por todo lo antes expuesto, se concluye que no hay lugar a reconocer la pensión de sobrevivientes a la señora EDILMA PALACIOS LEON, teniendo en cuenta que no se presentó a reclamar el derecho que considera tener, dentro del término señalado en las leyes 44 de 1980” (folio 74)

Así las cosas, se tiene que la demandante incorporó como prueba unos registros civiles de nacimientos, los cuales dan cuenta que procreó con el señor ALVARO CORTES RODRIGUEZ, tres hijos de nombres Libardo Andrés, Jeysson Daniel y Edward Camilo Cortes Palacios, quienes nacieron el 7 de enero de 1971, 19 de agosto de 1982 y 3 de junio de 1984, respectivamente (folio 28,29 y 30).

Adicionalmente, allegó una declaración extrajuicio rendida por la señora **ANA ISABEL MAHECHA VANEGAS**, el día 23 de junio de 2017, en la que señaló: *“declaro BAJO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO que conozco de vista, trato y comunicación hace veintiocho años a la señora EDILMA PALACIOS LEON identificada con Cédula de Ciudadanía No 41.663.602 de Bogotá, y por este conocimiento sé que fue la compañera permanente del señor ALVARO CORTES RODRIGUEZ (q.e.p.d), quien en vida se identificó con la Cedula de Ciudadanía No 2864660 de Bogotá, hasta el 11 de julio de 2015, fecha del fallecimiento de don ALVARO CORTES RODRIGUEZ.”* (folio 34)

En el mismo sentido se pronunció el señor **ELIECER FORERO TRUJILLO**, quien ante la Notaria 2 de Soacha, manifestó: *“CONOCI DE VISTA, TRATO Y COMUNICACIÓN AL SEÑOR ALVARO CORTES RODRÍGUEZ, QUIEN EN VIDA SE IDENTIFICÓ CON CC 2864660 DE BOGOTÁ, POR ESPACIO DE 25 AÑOS, HASTA EL 11 DE JULIO DE 2015, FECHA DE SU FALLECIMIENTO, QUE SE Y ME CONSTA QUE EN LA FECHA DE SU FALLECIMIENTO, ÉL ERA DE ESTADO CIVIL UNIÓN MARITAL DE HECHO, CON LA SEÑOR EDILMA PALACIO LEÓN IDENTIFICADA CON CC 41663602 DE BOGOTÁ, CON QUIEN CONVIVIO DE MANERA PERMANENTE E ININTERRUMPIDA, DESDE EL AÑO 1979 HASTA EL 11 DE JULIO DE 2015, FECHA DE SU FALLECIMIENTO (36 AÑOS DE CONVIVENCIA).”* Declaración que fue rendida el 30 de noviembre de 2015. (folio 35).

Entre tanto el señor **FERNANDO GONZÁLEZ LATORRE**, en la declaración extrajuicio, efectuada el 30 de noviembre de 2015, indicó: *“EN MI CALIDAD DE LÍDER COMUNAL DEL BARRIO SALITRES DECLARO QUE CONOCÍ DE VISTA, TRATO Y COMUNICACIÓN AL SEÑOR ALVARO CORTES RODRIGUEZ, QUIEN EN VIDA SE IDENTIFICÓ CON CC 2864660 DE BOGOTÁ, POR ESPACIO DE 29 AÑOS, HASTA EL 11 DE JULIO DE 2015, FECHA DE SU FALLECIMIENTO, QUE SÉ QUE EL CONVIVIO CON SU COMPAÑERA PERMANENTE EN LA CASA UBICADA EN CARRERA 5ª N° 7-59 EN EL BARRIO SALITRE, MUNICIPIO DE SOACHA, DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, QUE SE Y ME CONSTA QUE EN LA FECHA DE SU FALLECIMIENTO, ÉL ERA DE ESTADO CIVIL UNIÓN MARITAL DE*

HECHO, CON LA SEÑORA EDILMA PALACION LEON IDENTIFICADA CON C.C. 41663602 DE BOGOTÁ, CON QUIEN CONVIVIO DE MANERA PERMANENTE E ININTERRUMPIDA DESDE EL AÑO 1979 HASTA EL 11 DE JULIO DE 2015.” (FOLIO 38)

Así mismo, se arrió una escritura pública de fecha 6 de septiembre de 1997, la que evidencia que la pareja en mención, suscribió ante la Notaria Segunda Soacha- Cundinamarca, una escritura pública, mediante la cual el señor EVARISTO PALACIOS LEON, les transfirió a título de venta real y efectiva, el derecho de dominio, propiedad y posesión de una casa-lote, con nomenclatura 5ª N°7-5, describiéndose en dicho documento que tanto la demandante como el pensionado, tenían la calidad de cónyuge (folio 61).

Igualmente, se recepcionó el testimonio de la señora DEISY LORENA ROMERO PEÑA, quien dijo conocer a la demandante y al causante desde el año 2004, por ser sus suegros. Preciso que la señora Palacios León, convivió el señor Álvaro Cortes, hasta el año 2015, anualidad en la que éste último falleció: *“pues todo el tiempo yo los vi viviendo juntos, cuando éramos novios con Andrés y yo iba, y estaba don Álvaro ya después de que primero pues estuvimos viviendo con mi esposo un tiempo, luego ya nos casamos por la iglesia, pero al principio pues siempre cuando uno llegaba estaba ahí don Álvaro y pues siempre estuvieron juntos hasta, pues hasta el año en que falleció don Álvaro, en el 2015.”*

Mientras el testigo ELIECER FORERO TRUJILLO, indicó que conoció a la demandante *“hace como unos 30, 35 años”*, describiendo que lo fue en el año 1982-1983, por intermedio de su amigo ALVARO CORTES: *“a!!! porque yo trabajaba por ahí, como yo soy conductor, por ahí trabajaba en mecánica, entonces yo lo distinguí a él por ahí por arreglitos que iba a hacerle al carro o algo, entonces por ahí fue que nos fuimos conociendo y conocí a la señora Edilma.”* Mencionando seguidamente que, durante los últimos cinco años de vida del pensionado, él vivió en el barrio de Salitre de Soacha con la accionante: *“de vida de él, ellos vivían en el barrio Soacha, en el barrio Salitre, hay detrás.”*

Y finalmente la testigo MONICA ALEJO PALACIOS, aseguró ser la hija adoptiva de la señora PALACIOS LEON y el causante CORTES RODRIGUEZ, que convivió con ellos desde la edad de cinco años, junto a los hijos que procreó la citada pareja. Adujo que sus padres de crianza nunca se separaron *“no señor, ellos siempre vivían, convivían ahí juntos, desde que yo estoy viviendo con ellos.”*, que previo al fallecimiento de su padre no sabía nada sobre la otra familia que había formado el señor Cortes Rodríguez, que solo hasta el día en que murió y que, si bien en ocasiones se ausentaba, siempre les comunicaba que se dirigía a la casa de habitación de su hermano; pero que siempre compartió con ella y el resto de familia las festividades: *“pues él siempre la pasaba con nosotros, las*

festividades, las reuniones que se programada siempre era con nosotros, con la familia de mi madre, de Edilma, de nosotros.”

En consecuencia, es evidente del acervo probatorio reseñado, que existió una real y efectiva convivencia entre el demandante y la causante, siquiera desde el año 1981 hasta la calenda en que el señor CORTÉS RODRIGUEZ, falleció, por las razones que pasan a enunciarse:

- De los actos administrativos rendidos por la entidad convocada a juicio, se denota que el derecho pensional fue denegado no por falta de pruebas, sino porque la entidad consideró que la pensión había sido reconocida a la cónyuge del pensionado.

-Durante el trámite administrativo, la demandante allegó las declaraciones extrajuicio que fueron reseñadas precedentemente, las que NO fueron desconocidas por la pasiva, ni su ratificación petitionada, por lo que al tener plenos efectos probatorios, se puede concluir que de las mismas se acredita ese requisito de convivencia por más de cinco previos al deceso del pensionado. Frente al tema la Sala de Casación Laboral ha expuesto -sentencia SL 65546 de 2019-:

“A juicio de la Sala, el razonamiento efectuado en la sentencia de 2 de marzo de 2007, radicación 27593, según el cual, las declaraciones extrajuicio recibidas para fines no judiciales, pueden tomarse “(...) como documentos declarativos provenientes de terceros, para cuya valoración, según el artículo 277 del C. P. C. (Mod. Art. 27, Ley 794/2003), no necesitan ratificación, salvo que la parte contraria lo solicite.”, está acorde con la especial situación que se presenta en esta clase de procesos, porque equiparar el documento simplemente declarativo emanado de un tercero, que no es elaborado ni suscrito ante un Notario, con la declaración que ese mismo tercero realiza ante este funcionario público, que cuenta con el atributo de ser depositario de la fe pública, es perfectamente válido, en la medida en que, por lo menos, igual poder de convicción tienen estos dos medios de prueba, y no guardaría ninguna lógica, eximir de ratificación al primero, al paso que del segundo se exija el adelantamiento de tal formalidad dentro del proceso, siendo que, además, las declaraciones extrajuicio fueron rendidas bajo la gravedad del juramento.”

Los testigos mencionados precedentemente, al unísono describieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la convivencia que se presentó entre la señora EDILMA PALACIOS y el señor ALVARO CORTES RODRIGUEZ, sumado a ello, se corroboró que esa vida en común se extendió por más de cinco años antes del deceso de éste, además describieron de manera conjunta la casa de habitación de la mencionada pareja, y las enfermedades que padecía el pensionado, generando credibilidad y certeza para esta Sala.

Ahora si bien la demandante adujo en una declaración extrajudicial que la convivencia con el asegurado lo fue desde el año 1979, y en el interrogatorio que absolvió en este trámite procesal, señaló que lo fue desde el año 1981, cuando nació su primer hijo, nótese que seguidamente aclaró, que la relación empezó en el año 1979, empero se considera que contrario a lo manifestado por la apoderada del FONCEP, no se presentó una contradicción ya que la misma demandante explicó lo acontecido, más cuando se trata de sucesos ocurridos hace más de 30 años, por lo que la diferencia de uno o dos años, no descarta per se el presupuesto de la convivencia.

Sumado a lo anterior, se trae a colación el artículo 242 del C.G.P, que regula lo referente a la apreciación de los indicios, los cuales deberán ser analizados por el juez en conjunto, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con los demás medios de pruebas, presupuestos que al ser aplicado al caso examinado permiten establecer que el nacimiento de tres hijos, junto con la compra de una vivienda y testimonios, que la convivencia entre la demandante y el pensionado fue continua e ininterrumpida siquiera desde el año 1981 hasta la calenda en que el asegurado falleció.

En este orden, concluye la Sala que la demandante, es beneficiaria de la sustitución pensional, ya que convivió en calidad de compañera permanente, con el pensionado por espacio de más cinco años, previo al deceso de éste.

Advirtiéndose que la entidad pagadora lo será el FONCEP, toda vez que se trata de una sustitución pensional, y esta debe ser reconocida en las mismas condiciones a favor de los beneficiarios y así lo ha manifestado nuestro máximo órgano de cierre en la sentencia SL5141 de 2019, al expresar:

“Al respecto, en reiteradas ocasiones esta Corte ha señalado que la prestación de sobrevivientes, a causa de una sustitución pensional, no es un derecho originario sino derivado de uno previamente causado y, por tanto, su transmisión es procedente en favor de los beneficiarios en las mismas condiciones que venía siendo concedido, claro está previo cumplimiento de los restantes requisitos establecidos por la ley.”

Ahora, en cuanto al financiamiento y cuotas partes del beneficio pensional, lo cierto es que se trata de un trámite interadministrativo, que en nada debe afectar el derecho pensional aquí reconocido, tan es así que en ningún momento se vio menoscabado frente al reconocimiento que efectuó el FONCEP a la otra beneficiaria GLORIA DIAZ.

Así las cosas, el reconocimiento del derecho pensional se realizará a partir del deceso del pensionado, lo que ocurrió el 11 de julio de 2015, en el porcentaje

otorgado por el juzgado de origen-64%- ya que, no fue objeto de controversia por parte de la actora, ni por la señora GLORIA DIAZ, prestación que se acrecentara, a favor de cualquiera de las beneficiarias, cuando ocurre el deceso de alguna.

Por último, cabe precisar que el medio exceptivo de la prescripción no afectó ninguna mesada, ya que el derecho se causó el 11 de julio de 2015, con el fallecimiento del pensionado, en tanto la demanda fue radicada el 15 de septiembre de 2017, y notificada a la entidad convocada a juicio el 17 de noviembre de 2017 (folio 107 y 112) es decir, no transcurrió el termino trienal contemplado en el artículo 151 del C.P.T y S.S., entre una y otra actuación.

INTERESES MORATORIOS.

Los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden cuando existe retardo en el pago de las mesadas pensionales, como quiera que las entidades de seguridad social se encuentran obligadas al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones, tal como lo dispone el artículo 53 de la Constitución Política.

En esa medida, los mismos están contemplados para reparar los efectos ocasionados por el pago tardío de la pensión a la que hubiere lugar y no como una sanción al deudor, por lo que su naturaleza es netamente resarcitoria y no sancionatoria, por lo tanto su imposición no está sometida a estudiar la conducta de la administradora de pensiones o si su actuar estuvo revestido de buena fe, incluso es ajeno a *«las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas»*, pues solo basta con que se verifique una tardanza en el pago de las respectivas mesadas pensionales. (CSJ SL10728-2016, CSJ SL662-2018 y CSJ SL1440-2018).

Sin embargo, la Sala de Casación Laboral –SL 5013 de 2020- ha previsto una serie de eventos en los que se exceptúa el pago de los mismos, pues su proceder no se puede calificar de arbitrario o caprichoso. Entre ellos, por ejemplo, se encuentran cuando: *i) se actúa en acatamiento de la disposición legal aplicable, sin poder prever futuros análisis o cambio de criterio jurisprudencial; ii) existe conflictos entre posibles beneficiarios o titulares de la prestación, que deben ser atendidos por la jurisdicción ordinaria, iii) se trata de pensiones convencionales iv) por virtud del principio de la condición beneficiosa: “Teniendo en cuenta el precedente anterior, en el caso bajo examen no era viable condenar a la accionada al pago de los intereses moratorios consagrados en el precitado art. 141 de la Ley 100/93, en atención a que la pensión de sobrevivientes se reconoció con sujeción al principio de la condición más beneficiosa, y además, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en sede*

administrativa, para negar el derecho pretendido, se sometió a la norma vigente para la fecha del deceso del afiliado, señor Edilberto Forero Pérez (q.e.p.d). En tal sentido, actuó bajo el amparo de una disposición en pleno vigor.”

Por lo expuesto, NO hay lugar acceder a este rubro, toda vez que la entidad en los actos administrativos dejó claro que ya la prestación había sido reconocida a favor de otra persona, lo que indica que el asunto se encuentra inmerso dentro de una de las excepciones descritas, esto es, que existía conflictos entre posibles beneficiarios, y que solo la jurisdicción ordinaria podía resolver los titulares de la prestación.

En esa medida la sentencia de primera instancia será confirmada, en el entendido de condenar a FONCEP a reconocer el beneficio pensional a favor de la demandante EDILMA PALACIOS LEON desde el 11 de julio de 2015, en un porcentaje del 64% de la pensión inicial, la cual se acrecentará a favor de cualquiera de las titulares, ante el fallecimiento de alguna.

Así mismo se advierte que el retroactivo deberá ser indexado al momento de su pago, y teniendo en cuenta las 14 mesadas señaladas, como quiera que se trató de una sustitución, por lo que debió reconocerse en las mismas condiciones de la prestación inicial y otorgada al señor ALVARO CORTÉS RODRÍGUEZ.

Lo anterior, toda vez que se causó con anterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 -2 de febrero de 1999-, y así lo ha dejado sentado nuestro máximo órgano de cierre en las sentencias SL-13267 de 2016 y SL 5597 de 2021 y en observancia plena al respeto a los derechos adquiridos.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el día 7 de febrero de 2022, según se expuso.

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.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310503820170056801](https://expediente.digita.gov.co/11001310503820170056801)