



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA AUNLOY ROJAS GUERRERO
Demandada: FIDUPREVISORA S.A., COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PAR CAPRECOM LIQUIDADO
Radicado No.: 05-2019-00445-01-02
Tema: APELACIÓN AUTO Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA SENTENCIA – BENEFICIOS CONVENCIONALES – REVOCA Y DECLARA NULIDAD

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir el siguiente,

AUTO Y SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Aunloy Rojas Guerrero, instauró demanda ordinaria contra Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Par Caprecom Liquidado, con el propósito de que se declare que entre ella y Caprecom EICE en liquidación existió una relación laboral entre 22 de febrero de 2000 hasta 30 de noviembre de 2014, quedando amparada por las garantías y prestaciones derivadas de la Convención Colectiva de Trabajo, esto es, Acuerdo Extraconvencional del 7 de junio de 2013, por medio del cual el empleador y Sintracaprecom acordaron ampliar la vigencia por cinco años más el Acuerdo Extraconvencional celebrado el 12 de junio de 2003, además, un incremento salarial de \$220.800, para los trabajadores oficiales hasta el nivel Tecnólogo y de \$200.000, para el nivel profesional, incluidos los jefes de departamento a partir del 1º de junio de 2013. Así mismo, pidió que se declare que incumplió con el reconocimiento y pago proporcional del quinquenio regulado en el artículo 67 de la Convención Colectiva de Trabajo, modificado por el artículo 3º del acta de acuerdo final de la negociación del pliego de peticiones del año 2011.

En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de las diferencias salariales causadas *“al no haberse liquidado los incrementos salariales convencionales en forma completa (\$200.000) con respecto a su asignación básica mensual, correspondiente al 1º de enero a 30 de noviembre de 2014”*; la reliquidación de prestaciones sociales y convencionales, teniendo en cuenta los incrementos salariales convencionales; el valor proporcional del quinquenio regulado en el artículo 67 de la Convención Colectiva de Trabajo, traslado de aportes diferenciales a la seguridad social, indemnización moratoria y subsidiariamente la indexación, y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó laboralmente a Caprecom EICE en liquidación desde 22 de febrero de 2000, para desempeñar el cargo de jefe de departamento, suscribiendo un contrato de trabajo a término indefinido, como trabajadora oficial, mismo que finalizó el 30 de noviembre de 2014, momento en que tenía una asignación básica mensual de \$3.784.048. Explicó que el 12 de junio de 2003 se suscribió entre Caprecom y Sintracaprecom un acuerdo

Extraconvencional, además, que el 13 de diciembre de 2011, suscribieron acta de acuerdo final de negociación al pliego de peticiones el 13 de mayo de 2011, por medio del cual acordaron un incremento salarial para las vigencias fiscales 2012 y 2013 y Acuerdo Extraconvencional del 7 de junio de 2013, en el que se acordó ampliar la vigencia por cinco años del Acuerdo Extraconvencional celebrado el 12 de junio de 2003. Refirió que en el citado acuerdo se estipulan incrementos salariales a partir del 1 de junio de 2013, para los trabajadores oficiales, mismos que no fueron cancelados.

Dentro del acápite de pruebas, solicitó como documentales:

"1 CD que contiene otros anexos: Convención colectiva de trabajo, actas extra convencionales y la Guía de consulta para la liquidación de prestaciones sociales" y "Como quiera que la demandante No posee los reportes de nómina acumulados del año 2013 y 2014, le solicito de manera respetuosa que con la contestación de la demanda, la demandada allegue esta documental en CD, con el fin de que se tenga como prueba dentro de este proceso ordinario laboral." (Expediente digital, PDF 06DemandanteSolicitudAclaración).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, a excepción de la relación laboral, sus extremos temporales, cargo y última asignación salarial, aduciendo que el incremento salarial se pactó por una sola vez para junio de 2013, sin que se haya ordenado ningún incremento para el año 2014. Refirió que se encuentra a paz y salvo por todo concepto legal y convencional adicional, además, que la accionante no tiene derecho al incremento del salario que sirvió de base para su liquidación, al no ser procedente el ajuste ultractivo de 2013, para los años 2014 y 2015.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1° a 10°, 16° a 18°, 20°, 22° a 24°, 26° a 31°, 34°, 38°, 39°, 41°, 46°, 47°, 49° y 50°, parcialmente ciertos los hechos 19°, 32°, 33°, 43° y 48°. En lo que hace a lo demás no le constó o dijo no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó consideración sobre el proceso de liquidación de la extinta Caprecom y alegación de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y pago, buena fe, prescripción y falta de requisitos formales. (Expediente digital, PDF 11Contestación).

3. Trámite procesal. La demanda fue admitida en auto del 4 de febrero de 2020 (Expediente digital, PDF 08AutoAdmite). Descorrido el término de traslado de esta, en providencia calendada 27 de abril de 2021, se tuvo por contestada a favor de Fiduprevisora S.A., decisión que se encuentra debidamente ejecutoriada. (Expediente digital, PDF 13AutoTienePorContestada).

4. Auto apelado. En audiencia del artículo 77 del CPT y la SS celebrada el 13 de mayo de 2021, el Juzgado se dispuso a decretar las pruebas solicitadas por las partes, negando, entre otras, la petición tendiente a que la demandada allegue *"los reportes de nómina acumulados del año 2013 y 2014"*. Consideró que la prueba documental solicitada es innecesaria, inconducente e impertinente, toda vez que la demandada acepta que no le fueron cancelados los incrementos salariales del año 2014 y 2015, luego carece de todo sentido el medio de convicción solicitado, máxime cuando fue un hecho indiscutido por las partes la existencia de las normas extralegales esbozadas en la demanda, lo que hace inútil también el medio probatorio pretendido, esto es, la convención colectiva de trabajo que se dijo se aportó en medio magnético.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la **demandante** formuló recurso de apelación aduciendo que la prueba documental solicitada es de vital importancia, pues con los reportes de nómina acumulados mes a mes de los años 2013 y 2014 se establecerá *"cuáles son las diferencias*

de los reajustes salariales que se reconocieron y cuáles no de conformidad con el Acuerdo Extraconvencional del 7 de junio de 2013'. Así mismo, indicó que es de importancia la convención colectiva de trabajo, en tanto que allí está establecido el quinquenio proporcional que se está solicitando en las pretensiones de la demanda.

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de mayo del 2021, en la que el fallador declaró probada la excepción de prescripción e inexistencia de la obligación y, en consecuencia, absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, gravando en costas a la activa.

Para arribar a tal decisiva, se propuso verificar en primer lugar si se configura o no la excepción de prescripción, y en caso negativo, determinar si a la actora le asiste el derecho al reconocimiento de los derechos convencionales pretendidos para el año 2014. Con tal propósito, indicó como hechos no controvertidos por las partes la existencia de la relación entre 22 de febrero de 2000 hasta 30 de noviembre de 2014 que se suscitó entre la gestora de la litis y Caprecom.

Establecido lo anterior, citó los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., para a continuación significar que los derechos extralegales se hicieron exigibles el 30 de noviembre de 2014, por lo que a partir de tal fecha la actora debía demandar o reclamar ante la encartada los mismos. Preciso que no obra reclamación en tal sentido, pero si el acto administrativo AL -02907 del 3 de mayo de 2016 por medio del cual se le resuelve la petición, mismo que fue recurrido el 31 del mismo mes y año, por lo que a partir de esta última data se interrumpió la excepción de prescripción.

Explicó que en materia laboral no se requiere agotar la vía gubernativa lo cual es propio de lo contencioso administrativo, por lo que a partir del 31 de mayo de 2016 tenía tres años para demandar, lo no sucedió en este asunto, en tanto que ésta se presentó el 2 de julio de 2019, es decir, cuando venció el término de los tres años previsto en las citadas disposiciones normativas, lo que le imponía declarar probado el medio exceptivo propuesto por la encartada.

En gracia de discusión advirtió que así no haya operado el fenómeno de la prescripción, la conclusión no sería distinta, en tanto que este Tribunal dentro del proceso 05-2017-00021-01 indicó que efectivamente el acuerdo extraconvencional del 7 de junio de 2013, no estableció retroactividad de los beneficios allí indicados y que la cláusula convencional que determina ese incremento salarial en el año 2013 es para ese único año, lo que ratificaba la determinación según la cual la demandada debía ser absuelta de todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el libelo introductor. (Expediente digital, audios 15AudienciaArts77Y80).

7. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que no esta legitimado en la causa por pasiva, en tanto que no es el obligado a satisfacer la pretensión del demandante. De otro lado, dijo que el literal A) del Acuerdo extraconvencional de fecha 7 de junio de 2013 establece un único aumento, sin que sea mes a mes o año a año, como lo pretende el recurrente, máxime cuando el objeto de los acuerdos Extraconvencionales era solventar la crisis económica de Caprecom.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación del auto y principio de consonancia. Sea lo primero indicar que el auto que deniegue el decreto o práctica de una prueba es apelable en los términos del numeral 4º del artículo 65 del CPT y de la SS. En consecuencia, el recurso de apelación interpuesto por la actora se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A

ejusdem que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: ¿Se equivocó el Juez de primer grado al negar la prueba solicitada por la parte demandante, por considerar aquella impertinente e inútil para el objeto del proceso?

3. Decreto de Pruebas. Para decidir sobre la legalidad de la providencia impugnada, mediante la cual se negó la prueba documental solicitada por la actora, recuerda la Sala que el decreto de pruebas es una facultad establecida en cabeza del juez quien es el director del proceso, y quien tiene la potestad de negar su decreto o práctica, así como mediar en su desarrollo. Lo anterior, siempre con el propósito de encontrar la verdad real de los hechos, y con el límite de la protección de los derechos de defensa y debido proceso de las partes.

Dicha potestad, se materializa en el poder directivo del Juez (artículo 48 del Código de Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social), en el deber de inmediación en la práctica de las pruebas (artículo 52 del mismo compendio), y en la facultad de rechazar pruebas y diligencias inconducentes (artículo 53 ídem). Respecto del decreto de las pruebas, debe tenerse en cuenta que este poder del juez se manifiesta de dos formas: i) cuando decreta o niega las pruebas que solicitan las partes al considerar que son o no necesarias dentro del proceso, y ii) cuando de oficio ordena la práctica de éstas, por considerarlas indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos.

En el caso de autos, el juzgado de conocimiento, en audiencia celebrada el 13 de mayo del 2021, negó la prueba peticionada por el actor, por considerar que el medio de convicción no guardaba relación con el objeto del proceso. Resulta cierto que el juzgador se encuentra facultado para dirigir el proceso y en forma tal rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito, previniendo un gasto inútil de tiempo y trabajo, pero en este asunto en concreto sí se encuentran demostradas las condiciones para su decreto.

Se arriba a esta conclusión, luego de verificar que la prueba solicitada tiene por objeto el esclarecimiento de hechos que son materia del debate, que según la demanda consisten en determinar, entre otros, si es procedente la reliquidación de prestaciones legales y convencionales como consecuencia del reajuste salarial que según se afirma en la demanda es procedente y no se hizo para el año 2014, así mismo, si hay lugar o no al pago del valor proporcional del quinquenio regulado en el artículo 67 de la Convención Colectiva de Trabajo.

De modo que el medio de convicción solicitado, esto es, la convención colectiva de trabajo permitirá determinar si tiene o no derecho al valor proporcional del quinquenio solicitado y cuáles son los parámetros de liquidación de prestaciones convencionales, así mismo, contrario a los razonamientos que expuso el A quo para adoptar la decisión acusada, la incorporación de los reportes de nómina genera utilidad al debate, pues con ello no se pretende probar si el incremento salarial del año 2014 solicitado en la demanda fue o no efectuado, dado que dicho supuesto fáctico se puede establecer con otro medio probatorio, sino, que de salir adelante el reconocimiento del incremento salarial para dicho año, la prueba documental peticionada por la activa servirá para liquidar los emolumentos laborales dejados de percibir por ésta de cara a los salarios, prestaciones legales y extralegales que devengó.

Así, la Sala no comparte la postura del juez de conocimiento, según la cual, la prueba documental solicitada es inconducente, pues en tratándose de asuntos como el aquí

debatido, con cualquier medio probatorio, podría llegar a demostrar los supuestos de hecho en se esbozan en la demanda, pero ello sólo sería verificable en la medida en que se practique el mismo, quedando sometida tal prueba a la valoración que haga el cognoscente de instancia.

Corolario de lo anterior, no le asiste razón al *a quo* en negar el medio probatorio petitionado por la actora sobre los puntos en comento, pues están relacionados con el debate y tiene incidencia con lo pretendido, razón por la cual, el auto recurrido se revocará, para en lugar ordenar que se decrete y practique.

En ese orden, como el A quo procedió a conceder el recurso de apelación en el efecto devolutivo, y prosiguió con la consecución de la audiencia hasta emitir la sentencia, lo procedente es declarar la nulidad de la misma, y retrotraer las actuaciones hasta la etapa procesal de decreto de pruebas, debiendo el juzgado de conocimiento, decretar el medio probatorio aquí ordenado, practicar el mismo y continuar con el trámite respectivo a la luz del artículo 80 del CPTSS.

4. Costas. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá,

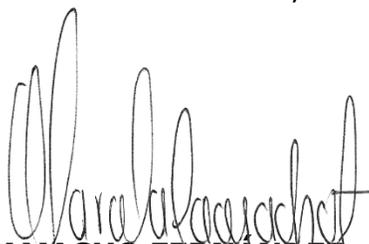
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto recurrido y, en su lugar, ordenar que se decrete la práctica de la prueba documental solicitada por la parte accionante, como se determinó en esta decisión.

SEGUNDO.: DECLARAR la nulidad de la sentencia proferida el 13 de mayo del 2021, y retrotraer las actuaciones hasta la etapa procesal de decreto de pruebas, debiendo continuar el A quo con las etapas subsiguientes, acorde a lo dispuesto en el numeral anterior.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LILIANA NAVARRO ARBELÁEZ
Demandadas: COLPENSIONES Y MARÍA VICTORIA MONSALVE ZÁRATE
**Tercera Ad
excludendum:** JULY PAOLINA ZÁRATE SANABRIA
Radicación: 110013105-029-2022-00070-01
Tema: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA PENSIÓN SOBREVIVIENTE –
MODIFICA Y REVOCA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Liliana Navarro Arbeláez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y María Victoria Monsalve Zárate, con el propósito que se declare que es beneficiaria de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo; se declare que la menor María Victoria Monsalve Zárate, por intermedio de su madre la señora July Paolina Zárate Sanabria, cobró los dineros girados mediante Resolución SUB 94409 de 20 de abril de 2021, esto es el 100% de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por valor de \$250.599.859; en consecuencia, se condene a Colpensiones a reconocer el 50% la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge supérstite del causante; condenar a María Victoria Monsalve Zárate a reintegrar el 50% del valor recibido y ordenado en la Resolución SUB 94409 de 20 de abril de 2021; condenar al pago de intereses moratorios, derechos ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente solicita que se condene a María Victoria Monsalve Zárate a pagar la suma de \$125.149.929,5, valor correspondiente al 50% del valor recibido de más en la Resolución SUB 94409 de 20 de abril de 2021, junto con los intereses moratorios o en su defecto la indexación.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que, el señor Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo falleció el 9 de octubre de 2020, y era afiliado de Colpensiones, con quien contrajeron matrimonio el día 29 de febrero de 1992, sin que se llegare a presentar separación, compartiendo techo, lecho, mesa y objetivos y obligaciones recíprocas como cónyuges; fue su beneficiaria en el Sistema General de Seguridad Social en salud; producto de una relación extramatrimonial, tuvo una hija de nombre María Victoria Monsalve Zárate, quien nació el día 25 de agosto de 2014, sin que jamás se haya presentado convivencia con la madre de la menor; refiere que mediante resolución SUB

15530 de 28 de enero de 2021, la entidad demandada le negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes; así mismo, mediante resolución SUB 94409 del 20 de abril de 2021, ordenó a favor de July Zárate y de la hija del causante el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía única de \$250.599.859; que radicó solicitud de indemnización sustitutiva el 11 de junio de 2021 con radicado No. 2021_6700530, la que fuera negada en resolución SUB 180074 de fecha 02 de agosto de 2021; fueron presentados recursos de reposición y apelación, que fueron desestimados en las resoluciones SUB 270776 de 15 de octubre de 2021 y DPE 11276 del 15 de diciembre de la misma anualidad. (Expediente digital, PDF 01Demanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF 05ConstanciaNotificacion); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo que no hay lugar al reconocimiento de la pretendida indemnización sustitutiva, como quiera que la accionante no acredita el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley, dado que, no fue demostrado el requisito de convivencia; de otro lado, sostuvo que la documental que reposa en el expediente se puede determinar que existió presuntamente una convivencia simultánea, por lo que dicho conflicto debe ser dirimido la jurisdicción competente.

De otro lado, refirió que en la Resolución No. SUB 15530 de 28 de enero de 2021, se negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a la señora July Paolina Zárate Sanabria (en calidad de compañera permanente) y a la menor María Victoria Monsalve Zárate (como hija), con ocasión del fallecimiento del afiliado Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, ocurrido el 09 de octubre de 2020, debido a que la muerte del afiliado fue por causa laboral; indica que al ser ello así, mediante Resolución No. SUB 94409 del 20 de abril de 2021, la entidad ordenó el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía única de \$250.599.859 equivalente al 100% de la prestación, a la menor María Victoria Monsalve Zárate. Como excepciones de mérito formuló las denominadas, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, buena fe e innominada o genérica.

(Expediente digital PDF. 08ContestacionCopenesiones Pág. 2 a 13; PDF 13SubsanacionContestacionColpensiones)

3.2. María Victoria Monsalve Zárate. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, indicando que la accionante solo se enteró del deceso de su ex compañero de vida, cuando solicitó su historia laboral el 19 de octubre de 2020, y sabiendo de la existencia de la hija y compañera permanente del afiliado, decide solicitar el reconocimiento de la indemnización solicitada hasta el 11 de junio de 2021, fecha para la cual, ya se habían surtido las notificaciones para que se hiciera presente en la entidad para reclamar su derecho; en este mismo sentido, refiere que el causante convivió con Yuly Paolina Zárate Sanabria en unión marital de hecho, la que inició desde el 13 de febrero de 2014, convivencia que se desarrolló de manera pública e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa, en la ciudad de Villavicencio, hasta la fecha del deceso, por lo que no es cierto que la accionante hay convivido con señor Monsalve hasta la fecha de su fallecimiento, pues su domicilio de él era en Villavicencio y el de la señora Navarro era en Bogotá.

De otro lado, manifiesta que la convocante a juicio dejó de compartir techo, lecho y mesa con el señor Monsalve desde el año 2012, razón por la que le corresponde el 100% de la

pensión sobreviviente a la menor María Victoria Monsalve Zárate, conforme fue reconocido en la Resolución SUB 94409 del 20 de abril de 2021. Como excepciones de fondo propuso las denominadas pérdida y extinción del derecho por extemporaneidad de la solicitud, pérdida y extinción del derecho a la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes por ausencia de convivencia y separación de hecho, mejor derecho y calidad de compañera permanente de la señora July Zárate Sanabria, buena fe de la demandada e innominada o genérica. (Expediente digital PDF. 06ContestacionDemandadaMenor; PDF 12SubsanacionMenor)

4. Trámite procesal. En proveído del 20 de junio de 2023, se dispuso integrar como tercera ad excludendum a la señora July Paolina Zárate Sanabria (Expediente electrónico, PDF 24ActaAudienciaHastaFijacion); quien en lugar de presentar demanda en los términos del artículo 63 del CGP, presentó escrito de contestación de demanda así:

4.1. July Paolina Zárate Sanabria: Presentó oposición a las pretensiones de la demanda y sostuvo que le fueron reconocidos derechos como compañera permanente del causante, conforme sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Villavicencio dentro del expediente 50 001 31 05 003 2021 00339 00 y que actualmente cursa proceso en el Juzgado Tercero de Familia de Villavicencio, dentro del proceso No. 5000131100 03 2021 00391 00, cuya pretensión principal es la declaración de la unión marital de hecho. Formuló excepciones de mérito, las que denominó pérdida y extinción del derecho por extemporaneidad de la solicitud, buena fe de la demandada, concurrencia de derechos como demandada, innominada o genérica (Expediente digital PDF. 28ContestaciónTerceraVinculada, pág. 3 a 13). El juzgado de conocimiento en auto del 29 septiembre del año en curso, tuvo por contestada la demanda (Expediente digital PDF. 36AutoContestadaFijaFecha)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de noviembre de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró que Liliana Navarro Arbeláez en su calidad de cónyuge supérstite del causante Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en un porcentaje equivalente al 38.4%, que asciende a la suma de \$96.230.345; declaró que July Zárate Sanabria en su calidad de compañera permanente supérstite del causante, tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en un porcentaje equivalente al 11.6% que asciende a la suma de \$29.069.583; declarar que la menor María Victoria Monsalve Zárate en calidad de hija supérstite, tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva en un porcentaje equivalente al 50% que asciende a la suma de \$125.299.929; como consecuencia de ello, condenó a July Paolina Zárate Sanabria, en su calidad de representante legal de María Victoria Monsalve Zárate a reintegrar a la accionante el 38.4%, que asciende a la suma de \$96.230.345 del valor recibido mediante la Resolución No.SUB.94490 del 20 de abril de 2021, suma que deberá ser indexada al momento de su pago; condenó a July Paolina Zárate Sanabria, en su calidad de representante legal de la menor demandada a reintegrar en su nombre y beneficio el 11.6% que asciende a la suma de \$29.069.583. del valor recibido en la resolución en cita, suma que deberá ser indexada al momento de su pago; absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer condena en costas.

La a quo fundamentó su decisión en que se encontraba demostrado dentro del proceso que Colpensiones mediante resolución No. SUB 94409 del 20 de abril de 2021, ordenó el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía única de \$250.599.859 y a favor de María Victoria Monsalve Zárate, como hija del causante Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo; también encontró acreditado que la entidad pública en esta misma resolución le negó este derecho a la demandante; a su vez sostuvo que también se encontraba acreditada la condición de cónyuge de la señora

Liliana Navarro Arbeláez con el causante, según registro civil de matrimonio; en este mismo, sentido halló probado que dentro del proceso adelantado en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Villavicencio se declaró a la señora Liliana Navarro Arbeláez como cónyuge supérstite y a July Paolina Zárate Sanabria como compañera permanente, y por ello, tenían derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente a cargo de Suramericana Seguros de Vida S.A.

Fue desestimado el testimonio de la señora Martha Isabel Barrios, por considerar que su declaración era contradictoria, por lo que concluyó que la demandante no convivió con el causante hasta la fecha de su muerte, sin embargo, si encontró demostrado que la convivencia entre esta pareja se desarrolló por un espacio superior a los 5 años en cualquier tiempo, pues la misma se prolongó desde la fecha de su matrimonio hasta el año 2012, por lo que le correspondía el 38.4%, equivalente a sobre la indemnización sustitutiva reconocida en la resolución No. SUB 94409 del 20 de abril de 2021, dado que, conforme la jurisprudencia de la CSJ, la separación de cuerpos en la pensión de sobrevivientes, no limita el goce de la prestación de la cónyuge separada de cuerpos.

De acuerdo con las pruebas testimoniales, señaló que había sido demostrado que, para la fecha del deceso del señor Monsalve Tamayo, convivía con la señora July Paolina Zárate Sanabria, convivencia que data desde el año 2014, año en el que se produjo la concepción de su hija María Victoria Monsalve Zárate, acreditando de esta forma el requisito de 5 años antes del fallecimiento del afiliado, en razón de ello, le correspondían \$29.069.583, que equivale al 11.6% de la indemnización sustitutiva reconocida en la resolución No. SUB 94409 del 20 de abril de 2021.

De otro lado, sostuvo que si bien, había sido allegada acta de transacción suscrita entre Liliana Navarro Arbeláez y July Paolina Zárate Sanabria, en donde la última renunciaba a reclamar la indemnización sustitutiva, lo cierto es que, a la misma no se le podía dar validez, en la medida que los derechos pensionales son irrenunciables, no son enajenables, transables o conciliables.

Por último, señaló que Colpensiones surtió todo el trámite correspondiente, realizando los emplazamientos del caso, para determinar a quien le correspondía la sustitución de la pensión, asignándole el derecho a la menor María Victoria Monsalve Zárate, a través de su representante legal July Paolina Zárate Sanabria, quien a sabiendas de la existencia de la esposa del causante, conforme se extraía del acta de transición, recibió el 100% de dicha prestación, por ello, estableció que las partes no actuaron de buena fe frente a Colpensiones, en ese orden, no se podía condenar a esta entidad a cancelar suma adicional a la ya reconocida, ni mucho menos intereses moratorios, por ello, le correspondía a Liliana Navarro Arbeláez, como madre y representante legal de la menor Monsalve Zárate, devolver el valor que le corresponde por concepto de esta prestación, debidamente indexado, pues fue ella quien recibió y gozó de dicho dinero. (Expediente digital, archivo 42AudioAudienciaJuzgamiento)

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

6.1. Liliana Navarro Arbeláez. Interpuso recurso de apelación, para ello refirió que se debió condenar a Colpensiones al pago de las sumas de dinero objeto de condena, en vista que la entidad le expidió a este extremo procesal un historial laboral del causante el 19 de octubre de 2020 y para dicho momento, se exigió registro civil de matrimonio, lo que demuestra que para esa fecha ya existía una beneficiaria de la indemnización y si no se le dio una gestión documental adecuada por parte de Colpensiones, es una

responsabilidad exclusiva de la entidad y por ello, no se le puede imputar una buena fe a la entidad.

De otro lado, sostiene que la tercera ad excludendum ha argumentado que se ha pretendido violentar los derechos de la menor, lo que no resulta ser cierto, en la medida que, estos se han tratado de preservar; manifiesta también, que este extremo ha referido que la reclamación de sustitución elevada por Liliana Navarro Arbeláez, es extemporánea, sin embargo, la excepción de prescripción no puede ser acomodada por la interviniente en provecho suyo, como quiera que, conforme lo ha sentado la CSJ, la indemnización sustitutiva es imprescriptible.

Sostuvo que no fueron valoradas las pruebas documentales obrantes en el plenario, específicamente las contenidas en el expediente pensional, tales como, la Escritura Pública de compraventa No. 7688 del 15 de diciembre de 2020, suscrita por el causante y su esposa la señora Navarro, visita de censo del 12 de abril de 2018, certificación expedida por el administrador de condominio, declaración de impuestos del causante, carta de amor de 2018 y 29 de febrero de 2020, reportes del Sistema Integral de Seguridad Social y los trámites del proceso migratorio, los cuales dan cuenta que la pareja mantuvo lazos de amor y convivencia hasta la fecha que se produjo la muerte del afiliado, como quiera que en estas pruebas siempre se indicó que su lugar de habitación era la casa 27 del Condominio Puerta del Sol de la ciudad de Villavicencio, en donde convivía con su esposa, adicional a que la familia conformada por el de cujus, su esposa e hijos estaban adelantando todos los trámites para irse a vivir a EEUU, trámites que datan del año 2016 hasta febrero de 2020, y de no haber sido por el fallecimiento del señor Monsalve, la pareja estuviera viviendo en este país.

Advierte que, entre el afiliado y la señora July Paolina Zárate Sanabria jamás existió una convivencia, solo mantuvieron una relación de noviazgo y no de compañeros permanentes resultando falsa la afirmación que su unión inició cuando ella quedó embarazada de él, lo que sucedió fue que, con ocasión de la pandemia la relación entre ellos se hizo más cercana, y una vez él se sintió enfermó, se acercó a ella dada su profesión de enfermera.

De acuerdo con todo lo anterior, solicita que se le reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente en un 50%, por cuanto la señora nunca tuvo la calidad de compañera permanente, pago que deberá hacer Colpensiones o subsidiariamente la señora July Paolina Zárate Sanabria, debidamente indexada.

6.2. María Victoria Monsalve Zárate y July Paolina Zárate Sanabria. Interpuso recurso de apelación arguyendo que la demandante presentó reclamación del derecho de forma extemporánea; que July Paolina Zárate Sanabria no es la llamada a retornar los dineros, pues no fue quien los recibió, sino su hija menor, al ser ello así, no se le puede obligar a la niña devolver estos rubros indexados, puesto que ella no trabaja, no tiene recursos para reconocer esta indexación, entonces al ordenarse dichos pagos se está menguando un derecho reconocido que reviste la calidad de fundamental e irrenunciable.

De otro lado, afirma que, si bien indemnización reclamada tiene un carácter de irrenunciable e imprescriptible, lo cierto es que, una vez es reconocido por Colpensiones pierde este carácter e inmediatamente empieza la extemporaneidad, por consiguiente, al conocer la señora Liliana Navarro Arbeláez que se había reconocido el derecho a la menor y al tomar la decisión de no reclamar no podía la señora July Zárate renunciar a los derechos que le había reconocido a su menor hija, no siendo procedente la devolución del dinero reclamado por la demandante, por cuanto ella a mutuo propio tomó la decisión de no reclamar en tiempo. Finalmente, indicó que la señora Zárate no podía renunciar en

nombre de su hija dentro del acuerdo de transacción al pago de la indemnización sustitutiva que le había reconocido Colpensiones.

7. Alegatos de conclusión. María Victoria Monsalve alegó en su favor y solicita sea revocada la sentencia de instancia, en la medida que, se desconoció por parte del juzgador que la demandante presentó trámite administrativo ante Colpensiones el 11 de junio de 2021, es decir con posterior a que quedar en firme la resolución SUB 94409 del 20 de abril de 2021, por lo que no le asiste derecho a la prestación reclamada.

Liliana Navarro Arbeláez por su parte, solicita que se le reconozca el 50% de la indemnización, en la medida que July Paolina Zárate no acreditó la calidad de compañera permanente del causante.

Finalmente, la señora July Paolina Zárate Sanabria solicita que se le reconozca el derecho pretendido en calidad de compañera permanente, en relación con el tiempo de convivencia con el causante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la tercera ad excludendum se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: (i) ¿La señora Liliana Navarro Arbeláez le asiste derecho al reconocimiento del 50% de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes por el óbito del señor Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, acaecida el 9 de octubre de 2020, en su condición de cónyuge supérstite?, para lo cual se determinará; (ii) ¿Liliana Navarro Arbeláez, acreditó su calidad de compañera permanente y le asiste derecho a que se le reconozca algún porcentaje de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por el deceso del afiliado fallecido, como lo determinó la juzgadora de instancia?; (iii) ¿Se encuentra obligada Liliana Navarro Arbeláez como representante legal de María Victoria Monsalve Zárate, a restituir el porcentaje que se llegare a demostrar a favor de la demandante Liliana Navarro Arbeláez, debidamente indexado, o por el contrario este valor debe ser sufragado por Colpensiones?; (iv) ¿Se encuentra prescrito el derecho pretendido por Liliana Navarro Arbeláez?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: (i) que el señor Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; (ii) que con ocasión del óbito del señor Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, Colpensiones mediante resolución No. SUB 94409 del 20 de abril de 2021, ordenó el reconocimiento y pago del 100% de una indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente a favor de María Victoria Monsalve Zárate, en calidad de hija del causante Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, en cuantía única de \$250.599.859; (iii) que la señora Liliana Navarro Arbeláez contrajo matrimonio con el de cujus el 29 de febrero de 1992; (iv) que dentro del proceso adelantado por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Villavicencio se declaró a la señora Liliana Navarro Arbeláez como cónyuge supérstite y a July Paolina Zárate Sanabria como compañera permanente, y en virtud de ello, les asistía derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente a cargo de Suramericana Seguros de Vida S.A.

4. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 10093040, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 9 de octubre de 2020 (Expediente digital, PDF. 01Demanda, pág. 24).

5. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del afiliado, que para este caso no es otra que los artículos 46, 47 y 49 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 9 de octubre de 2020. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

6. Densidad de semanas. No se discute por las partes que Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, si bien, acreditó haber cotizado 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores al óbito, en los términos del numeral 2° del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, (Expediente digital, PDF. 30ExpedienteAdministrativo, pág. 20 a 145), lo cierto es que, conforme lo ordenado por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Villavicencio el día 20 de octubre de 2022, dentro del proceso 50 001 31 05 003 2021 00339 00, el riesgo por muerte debía ser cubierto por la ARL Seguros de Vida Suramericana S.A., quien reconocería la pensión de sobrevivientes de origen laboral que dejó causada el señor Monsalve, a partir del 9 de octubre de 2020, en las siguientes proporciones 38.4% para Liliana Navarro Arbeláez, en calidad de cónyuge supérstite y 11.6% para July Paolina Zárate Sanabria, como compañera permanente, (Expediente digital, Carpeta PDF. 30ExpedienteAdministrativoARL Sura; Carpeta 02Proceso2021-339JuzgadoTerceroCircuitoVillavicencio, PDF 38ActaAudienciaFallo). A pesar de lo anterior, se debe advertir que esta decisión no se encuentra en firme por encontrarse surtiendo apelación ante la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Villavicencio, conforme verificación realizada en el módulo de consultas de proceso de la Rama Judicial.

7. Indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes. Con arreglo al artículo 49 de la Ley 100 de 1993, la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes se reconoce a los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, quienes tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo de la citada Ley.

8. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1° del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

9. Interviniente ad excludendum. Preliminarmente debe decirse que July Paolina Zárate Sanabria, fue citada a esta causa petendi como Interviniente ad excludendum y el fin primordial de su concurrencia no fue otro que darle la oportunidad de demostrar las circunstancias que, conforme a la ley, pudieran dar fe de que le asiste el derecho pensional que reclama la señora Liliana Navarro Arbeláez, quien regenta la calidad de esposa Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo.

Como se dijo, la señora Zárate actúa en condición de interviniente *ad excludendum*, siendo la manera adecuada por regla general de trabar la relación procesal, pues conforme se tiene dicho de tiempo atrás por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia de radicado radicado N° 38450 del 22 de agosto del

2012, cuando exista disputa del derecho a la pensión de sobrevivientes entre cónyuge y compañera (o) permanente, o entre compañeras (os) permanentes no es necesario ni riguroso integrar un litisconsorcio, pues cada beneficiario puede ejercer su acción con prescindencia de los demás, salvo cuando se ha previamente reconocido el derecho a uno de ellos o hay de por medio derechos de menores de edad. Así lo dijo la Corte:

"En efecto, ha sostenido de antaño esta Corporación que cuando está en discusión el derecho a una pensión de sobrevivientes entre la cónyuge y compañera permanente del causante no es necesario y riguroso integrar un litis consorcio, puesto que ni por previsión legal, como tampoco por la naturaleza de la relación jurídico sustancial que da origen al juicio se da la exigencia procesal señalada, ya que esa vinculación no está formada por un conjunto plural de sujetos que no pueda dividirse, sino que por el contrario cada uno de los beneficiarios puede ejercer su acción con prescindencia de los demás.

Así las cosas, la manera adecuada en que deben vincularse al proceso, es a través de la figura conocida como intervención ad excludendum, pues, además de que es una forma de intervención principal, cada una de las partes pretende para sí el derecho controvertido (pensión de sobrevivientes), dado que sus intereses se excluyen y demandan para que se resuelva prioritariamente su pretensión.

Ahora bien, no desconoce la Sala que hay eventualidades excepcionales en que no es posible resolver el pleito sin la necesaria comparecencia de un determinado beneficiario, como por ejemplo: (i) cuando se trata de un "menor de edad", dada su condición especial y la naturaleza del derecho, ya que es posible que a éste se le afecte o despoje de su porción pensional, sin que se le hubiere oído ni permitido ejercer su derecho de defensa por no habersele vinculado debidamente al proceso, o (ii) cuando el derecho pensional, se ha reconocido a la (al) cónyuge supérstite o compañera (o) permanente, previamente a la iniciación del proceso, habida cuenta que no sería razonable ni jurídico que quien fue satisfecho en su pretensión, aunque resuelta sin autoridad para ello, inusitadamente se vea privado del derecho reconocido, sin que se le haya dado la oportunidad de discutir judicialmente su prerrogativa."

Así entonces, como en este juicio únicamente se discute el 50% del valor de la indemnización sustitutiva, en tanto, el porcentaje restante le fue asignado a la menor María Victoria Monsalve Zárate, aspecto que no se controvierte en esta instancia, y como quiera que la vinculación de Liliana Navarro Arbeláez corresponde a una intervención ad excludendum, es claro que se le otorgó la facultad para reclamar un mejor derecho en todo o en parte, para cuyos efectos *"podrá intervenir formulando demanda frente a demandante y demandado, hasta la audiencia inicial, para que en el mismo proceso se le reconozca"*, en términos del artículo 63 del C.G.P. (SL241-2022 y SL1853-2021); circunstancia que, aunque no se presentó taxativamente en el presente asunto, pues al acudir al proceso en tal calidad, la citada contestó la demanda presentada por la señora Liliana Navarro Arbeláez, sí dejó entrever, no solo la oposición a la prosperidad de las pretensiones, sino que solicitó que *"se le garanticen los derechos adquiridos a la señora JULY PAOLINA ZÁRATE SANABRÍA, como compañera permanente del señor GUSTAVO DE JESÚS MONSALVE TAMAYO, convivencia con extremos temporales desde el 13 de febrero de 2014 y hasta su fallecimiento el 9 de octubre de 2020"*

En esas condiciones, es claro que este extremo procesal desde su intervención no aspiró al derecho pretendido por la señora Liliana Navarro Arbeláez, pues como se anunció anteriormente, no formuló demanda sino que limitó su actuación a referirse y oponerse a las suplicas de la señora Navarro, frente a lo cual la juzgadora no efectuó reparo alguno y por el contrario en proveído del 29 septiembre del año en curso, tuvo por contestada la demanda, actuación que no correspondía a la forma de integración de la litis; como si lo anterior fuera poco, la fijación del litigio se centró, además de determinar la

procedencia del reconocimiento de indemnización sustitutiva a favor de la cónyuge, en dilucidar si resultaba procedente reconocerle a la señora Zárata la porción de la indemnización sustitutiva en su calidad de compañera permanente, determinación que si bien, fue objeto de reparo por el apoderado del extremo actor, lo cierto es tales argumentos no fueron esbozados en el recurso de alzada que concita la atención de la sala de decisión.

Ahora, pese a la equivocada dirección dada al asunto de la referencia, en la decisión objeto de censura se resolvió un derecho a favor de Zárata Sanabria, que fue objeto de disquisición por la parte accionante, no desde la arista los errores procedimentales advertidos, sino desde la óptica de acreditación de los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva, específicamente la acreditación de la convivencia, lo que habilita a esta colegiatura a emitir pronunciamiento de fondo, frete al eventual derecho que le pudiera corresponder a la señora July Paolina Zárata Sanabria, como tercera ad excludendum.

10. Requisitos de la pensión de sobrevivientes - compañera permanente de pensionado. Ahora bien, no admitiendo discusión que el afiliado falleció el 9 de octubre de 2020, forzoso es concluir que la controversia debe definirse al amparo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiaria, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adocina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

10.1. Calidad de compañera permanente. Ha de precisarse que en tratándose de compañera permanente, no es dable exigirle convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudir a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 de 2007, en la que se señaló que se entiende por familia *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Bajo ese entendimiento, vale precisar que en el campo de la seguridad social y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se *"dejó de darle preponderancia a los vínculos matrimoniales formales o solemnes"*, para *"dar paso a las uniones familiares que constituyeran una verdadera comunidad de vida afectiva y económicamente solidaria, independientemente de su origen jurídico o natural y sin consideración al modo como aquel se formó, sino atendiendo el concepto de una real y legítima comunidad matrimonial (art. 42 CN)"* (resalta la Sala, Casación del 7 de marzo de 2006 radicado 21572)" (CSJ- Radicación No 32694 del 09 de julio de 2008).

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

10.2. Edad. Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora July Paolina Zárate Sanabria, nació el 25 de febrero de 1985 y para la muerte de Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, contaba con 35 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

10.3. Convivencia. Sobre este punto, es preciso connotar por la Sala que si bien la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020 que había sido aplicada por esta sala de decisión, rectificó el criterio de exigir el requisito de convivencia al o a la cónyuge o compañero (a) permanente cuando él o la causante correspondiere a un afiliado(a) fallecido(a), en el sentido exigirles únicamente la acreditación de tal condición a la fecha del deceso, lo cierto es que en sentencia SU 149 de 2021 la Corte Constitucional dejó sin efectos tal decisión y le ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emitir una nueva sentencia *"(...) en la cual observe el precedente adoptado por la Corte Constitucional, en el sentido de que, en los términos del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado"*, de lo cual resulta diáfano que sobre el punto, el único criterio vigente se corresponde con la exigencia del requisito de convivencia, tratándose de pensionado, ora de afiliado fallecido.

De esta manera, la Sala respeta el precedente, que es lo que análogamente se ha llamado jurisprudencia en vigor, doctrina constitucional vigente, jurisprudencia constitucional o línea jurisprudencial consolidada, aplicando a casos similares una única regla que ha sido establecida finalmente por la Corte Constitucional en sentencia de unificación y ha sido reiterada por dicha corporación desde aquel entonces de manera uniforme.

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta vinculante al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Respecto a este tema la máxima corporación de justicia Constitucional, en sentencia SU 047 de 199, señaló que el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional y por tanto, los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad- hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio o regla universal que ha aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro.

Adicionalmente, se torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante,

bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

Este requisito constituye el eje central de la controversia, punto frente al cual es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de "*ser miembro del grupo familiar*", para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "*ser miembros del grupo familiar*", y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

Con el anterior soporte legal y jurisprudencial, en el *sub examine* se deberá establecer si la señora July Paolina Zárate Sanabria acredita el requisito de la convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores a producirse la muerte del afiliado que ocurrió el 9 de octubre de 2020.

Para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo y teniendo en cuenta que la gestora de la litis, arguye que este requisito no se encuentra satisfecho por la tercera ad excludendum, conforme las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario, advirtiéndose que la asiste razón al apoderado de la parte actora cuando sostiene que existió una indebida valoración de la prueba por parte de la juzgadora de instancia, en la medida que ningún mérito se le asignó a las pruebas documentales aportadas por las partes, no solo a las referidas en la alzada, sino las demás obrantes en la carpeta "17ExpedienteAdministrativoARLSURA", dado que en efecto, allí fue incorporada la escritura pública de compraventa No. 7688 del 15 de diciembre de 2015, instrumento público en el que se indicó por parte de Liliana Navarro Arbeláez y Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, que su dirección de residencia era la Calle 44 No 43 – 78 Casa 27 de la Ciudad de Villavicencio. (Expediente digital, Archivo 17 ExpedienteAdministrativoARLSURA, carpeta 02Proceso2021-339JuzgadoTerceroCircuitoVillavicencio, PDF 13ContestacionDemandaReconvencionDemandante)

En este mismo sentido, se tiene que fue allegado dentro de este mismo archivo (pág. 89), "certificado de residencia" expedido el 22 de enero de 2022 por parte del administrador y representante legal del Condominio Puerta del Sol, en el que se indicó que Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, convivió con su esposa Liliana Navarro Arbeláez, en la Casa 27 de dicho condómino, ubicado en la Calle 44 N° 43-78 Barrio Panorama Villavicencio – Meta, durante el interregno desde el año 2001 hasta octubre del año 2020.

Del Formulario del Registro Único Tributario presentado por el señor Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo ante la DIAN, se tiene que la dirección de residencia registrada por él fue la enunciada anteriormente, misma que también fue indicada por el causante en las planillas de pago de aportes para los meses de enero, marzo de 2017, marzo, abril, junio a diciembre de 2018, año 2019 y enero a marzo de 2020. (Expediente digital, Archivo 17 ExpedienteAdministrativoARLSURA, carpeta 02Proceso2021-339JuzgadoTerceroCircuitoVillavicencio, PDF 13ContestacionDemandaReconvencionDemandante, pág. 90 a 198)

Aparte las pruebas documentales referenciadas por el apoderado de la convocante a juicio como no valoradas, se cuenta que con ocasión del contrato de prestación de servicios No. 032 de 2020 suscrito entre el señor Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo y la clínica de Medicina Vital S.A.S., fue realizado informe de selección por parte de talento humano de esta sociedad, en donde el afiliado registró ser casado, convivir con su esposa y sus hijos en el Conjunto Puerta del Sol, ubicado en el barrio Panorama de la Ciudad de Villavicencio, conforme se ilustra a continuación:



GESTION DE TALENTO HUMANO
INFORME DE SELECCION

CODIGO: TH-FT-05
VERSION: 2
PAGINA 1 DE 1

INFORMACIÓN PERSONAL			
NOMBRE DEL ASPIRANTE:	GUSTAVO DE JESUS MONSALVE TAMAYO	No. DE IDENTIFICACION:	93115529
CARGO:	RADIOLOGO	No. DE HIJOS:	2 HIJOS
EDAD:	58 AÑOS	ESTADO CIVIL:	CASADO
CORREO ELECTRONICO:	ehiden_7601@hotmail.com	No. TELEFONO ACTUAL:	3216173404
DIRECCION DE RESIDENCIA:	CONJUNTO PUERTA DEL SOL	BARRIO:	PANORAMA
CIUDAD DE RESIDENCIA:	VILLAVICENCIO		

Nota: Si los hijos o el/la conyugue ya están inscritos en el espacio de los datos de las personas con las que convive en la misma casa no es necesario registrarlos nuevamente en el espacio asignado para hijos y conyugue.

NOMBRE	SEXO	EDAD	PARENTESCO
NOMBRE DE LAS PERSONAS CON LAS QUE CONVIVE EN LA MISMA CASA			
LILIANA NAVARRO ARBELAEZ	F		ESPOSA
GUSTAVO ANDRES MOSALVE NAVARRO	M	27	HIJO
NATHALIE MONSALVE ARBELAEZ	F	25	HUA

(Expediente digital, Archivo 17 ExpedienteAdministrativoARLSURA, carpeta 02Proceso2021-339JuzgadoTerceroCircuitoVillavicencio, PDF 01Demanda, pág. 144 a 151)

Tampoco se puede pasar desapercibido que, dentro de la historia clínica del señor Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, específicamente en el acápite de "datos personales" se incluyó para el mes de octubre de 2020, como dirección de su residencia la calle 44 No. 43 – 78 casa 27 conjunto Puerta del Sol en la ciudad de Villavicencio. (Expediente digital, Archivo 17 ExpedienteAdministrativoARLSURA, carpeta 02Proceso2021-339JuzgadoTerceroCircuitoVillavicencio, PDF 01Demanda, pág. 157 a 237)

Pruebas documentales que sumadas a las declaraciones de las deponentes, Martha Isabel Barrios y María Camila Navarro, reflejan que el lugar de residencia del de cujus era la casa 27 del Conjunto Puerta del Sol ubicado en la ciudad de Villavicencio, a las cuales no se les puede restar incidencia probatoria como lo efectuó la cognoscente, pues sus manifestaciones encuentran respaldo en la pruebas documentales analizadas con anterioridad, máxime cuando la primera de ellas, sostiene que fue trabajadora del servicio doméstico del señor Monsalve desde el año 2002, prestando sus servicios en dicho lugar de residencia.

Ahora bien, conforme fue indicado por la señora July Paolina Zárate Sanabria en su interrogatorio de parte, así como lo referido por las testigos Yina Viviana Pellatón y Judy Mora Pajarito y Andrés Eduardo Zárate, la presunta convivencia de este extremo procesal

con el fallecido fue desarrollada en la Carrera 19 D No. 18 – 51, barrio Canta Rana 1 de la ciudad de Villavicencio, declaraciones que en lo más mínimo se acompasan, con la pruebas documentales antes referidas, inclusive con los mismos datos suministrados por el propio causante ante varias entidades del orden público y privado, conforme fue expuesto anteriormente; bajo esta misma línea argumentativa, se tiene que el registro fotográfico adosado por la tercera ad excludendum, no refleja en lo más mínimo la existencia de una convivencia en el lugar de habitación por ella anunciada y tampoco, se incorporaron otros medios de prueba que tengan el alcance suficiente para derruir el contenido de las pruebas documentales anunciadas anteriormente.

Al ser ello así, resulta totalmente diáfano para esta colegiatura que, dentro del presente juicio, no ha sido demostrado por la tercera ad excludendum una efectiva, real y material convivencia con el pensionado, como quiera que ha quedado suficientemente acreditado que el lugar de residencia y habitación de él fue la calle 44 No. 43 – 78 casa 27 conjunto Puerta del Sol en la ciudad de Villavicencio, mientras que el domicilio de la señora Zárate Sanabria lo fue en la carrera 19 D No. 18 – 51.

Ha sostenido la interviniente en el curso de este juicio que, no se le puede desconocer la calidad de compañera permanente reconocida por parte del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Villavicencio, en la sentencia emitida el 20 de octubre de 2022, dentro del proceso radicado bajo el número 50 001 31 05 003 2021 00339 00, a pesar de ello, conforme fue advertido de manera pretérita, esta decisión no se encuentra ejecutoriada y actualmente se está surtiendo la apelación ante la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Villavicencio, de ello da cuenta no solo la verificación realizada en el módulo de consultas de proceso de la Rama Judicial, sino la misma manifestación efectuada por la señora July Paolina Zárate Sanabria en el interrogatorio de parte, al ser ello así, las decisiones allí adoptadas no tienen incidencia alguna en este trámite, aún más, cuando dentro del este juicio ni siquiera fue solicitada la prejudicialidad.

Así, entonces, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado no se probó que July Paolina Zárate Sanabria hubiera convivido en calidad de compañera permanente con el de cujus por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso.

A contrario sensu, si se encuentra acreditado que, Liliana Navarro Arbeláez convivió con su esposo hasta la fecha de su deceso, sin que se haya presentado separación alguna de la pareja, pues a pesar que ella se encontrara en la ciudad de Bogotá para la fecha en que se presentó el óbito de su consorte, lo cierto es que, conforme lo expuesto por la deponentes Martha Isabel Barrios y María Camila Navarro, la accionante se desplazaba constantemente entre la Villavicencio y Bogotá, sin que se pueda dejar de lado que, conforme la historia clínica de la señora Navarro Arbeláez que datan desde el año 2013, inclusive hasta el año 2021 y las respuestas dadas por la ARL Sura, su lugar de domicilio fue la calle 44 No. 43 – 78 casa 27 conjunto Puerta del Sol en la ciudad de Villavicencio, misma que habitó el causante hasta la fecha de su fallecimiento (Expediente digital, Archivo 17 ExpedienteAdministrativoARLSURA, carpeta 02Proceso2021-339JuzgadoTerceroCircuitoVillavicencio, PDF 01Demanda, pág. 238 a 347)

Sumado lo anterior, tal y como lo refirió el apoderado de la parte demandante, el núcleo familiar conformado por la gestora de la litis, su finado esposo y sus hijos, se encontraba adelantando trámites para proceso migratorio a los Estados Unidos desde el año 2017, gestión que data inclusive hasta febrero de 2020, (Expediente digital, Archivo 17 ExpedienteAdministrativoARLSURA, carpeta 02Proceso2021-339JuzgadoTerceroCircuitoVillavicencio, PDF 01Demanda, pág. 197 a 373) lo que corrobora aún más, que el finado Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, jamás

convivió con July Paolina Zárate Sanabria, sin que este requisito pueda ser suplido por el hecho del nacimiento de su hija María Victoria Monsalve Zárate.

En este orden de ideas, se deberá modificar el numeral primero y revocar el segundo de la sentencia objeto de censura para en su lugar, ordenar el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente a favor de la señora Liliana Navarro Arbeláez, en un porcentaje equivalente al 50%, que asciende a la suma de \$125.299.929,5.

11. Pago y restitución del 50% de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente. Valga la pena recordar que, Colpensiones con ocasión del óbito del señor Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo y la reclamación presentada por la menor María Victoria Monsalve Zárate, en resolución No. SUB 94409 del 20 de abril de 2021, ordenó el reconocimiento y pago del 100% de una indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente a su favor, ahora, conforme las consideraciones esbozadas en esta providencia, dentro de este juicio se ha acreditado que a la señora Liliana Navarro Arbeláez, le asiste derecho a que el 50% de esta prestación le sea reconocida.

La Juzgadora de primer conocimiento, estableció que el porcentaje adjudicado a la promotora de la contienda debía ser retornado, por quien recibió la totalidad de este valor, esto es por July Paolin Zárate Sanabria, en su calidad de representante legal de la menor, decisión que fue cuestionada por la accionante, pues considera que quien debe asumir este pago es Colpensiones.

En lo que a este problema jurídico se refiere, resulta necesario traer a colación la sentencia CSJ SL226-2021, recordada en la SL1019-2021, en la que se indicó:

(...) "la existencia de un beneficiario que hubiera percibido un porcentaje mayor desde el inicio, no puede limitar la declaración del derecho «a partir de la fecha de la muerte del causante pensionado, y mucho menos, que sus efectos fiscales se aplacen o trasladen al momento del ajuste definitivo, pues el nuevo beneficiario no puede correr con las consecuencias de ese tipo de estudio o que le imponga una carga adicional, como es, que tenga que perseguir por su cuenta los dineros entregados al beneficiario inicial, porque el Estado cuenta con las herramientas necesarias para sanear las finanzas de las cuales se provee el sistema pensional».

De igual forma en la sentencia CSJ SL1019-2021, se expuso lo siguiente:

Expuesto lo antecedente, y como recientemente sentenció esta Corte, no se desconoce que la presencia de nuevos beneficiarios, en eventos como el presente, genera efectos en la asunción de las obligaciones pensionales que puedan afectar el sistema pensional y contrariar el principio de sostenibilidad financiera; es por ello que la Sala, al abordar un caso de similares contornos, en cuanto a la inclusión de un nuevo beneficiario dada la sustitución pensional, en el citado fallo de revisión, señaló:

[...] el legislador permitió a la entidad que asume el reconocimiento de la pensión, compensar las sumas de dinero con las mesadas que a futuro reciban quienes inicialmente fueron aceptados como beneficiarios iniciales, o en su defecto, iniciar las acciones de recuperación de esos rubros pagados sin justificación, muy a pesar de que al principio los reclamantes lo hubieran hecho de buena fe o creyendo que los hechos y el momento respaldaban su solicitud.

Así, debe traerse a mención el artículo 5° de la citada Ley 1204 de 2008, en que la recurrente respalda su cuestionamiento:

ARTÍCULO 5o. TÉRMINOS PARA DECIDIR LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL DEFINITIVA. *Si no se presentare controversia, la sustitución, de manera definitiva, se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término del edicto emplazatorio. En caso de controversia se resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.*

En caso de que los beneficiarios iniciales tuvieran que hacer compensaciones a los nuevos por razón de las sumas pagadas, así se ordenará en el acto jurídico y lo ejecutará la entidad pagadora.

Las compensaciones se harán descontando el valor correspondiente de las futuras mesadas. (Subrayado fuera del original).

Esta norma opera de pleno derecho, y no es necesario que el operador judicial acuda a ella en el instante de resolver una controversia entre beneficiarios de la prestación pensional, para que la entidad se encuentre habilitada a recuperar aquellas sumas de dinero que perdieron su causa, y en aquellos casos en que no es posible esa compensación, pueda ejercer la acción judicial pertinente ante el enriquecimiento sin causa de aquellas personas que perdieron la calidad de beneficiarios y recibieron unas mesadas sin respaldo normativo alguno.

De manera que existe un mecanismo para evitar una doble erogación a cargo del Estado cuando se presentan nuevos beneficiarios, como es la compensación, que significa, como se ha venido explicando, que los beneficiarios iniciales deben ir devolviendo los dineros percibidos en el pasado, hasta lograr que se ajusten los porcentajes definitivos desde el momento en que se causó el derecho pensional, lo cual aplica no solo por decisión propia de la administración sino incluso cuando el asunto es resuelto definitivamente por la jurisdicción."

Siguiendo los anteriores derroteros, resulta evidente que el obligado principal y llamado a reconocer el derecho que le asiste a Liliana Navarro Arbeláez, no es otro que Colpensiones. Así las cosas, se ordenará a María Victoria Monsalve Zárate, a través de su representante legal a devolver a favor del ente público la suma de \$125.299.929,5, debidamente indexados.

En este punto, y con ocasión de la apelación formulada por María Victoria Monsalve Zárate, imperiosa es la necesidad de advertir que resulta procedente la condena de la indexación, debido a que el rubro pagado en exceso se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, y la misma debe ser asumida por quien debe realizar el pago, en este caso, María Victoria Monsalve Zárate, para ello se calculará con el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior al reconocimiento de la indemnización sustitutiva y el IPC final el de la fecha en que esta demandada realice el pago.

Al ser ello así, no se acogen los argumentos expuestos por ella en la alzada, pues liberarla de esta obligación es permitir su enriquecimiento sin causa, en perjuicio de Colpensiones, sin que le sea dable argüir que es menor de edad, que no labora y no percibe ingresos, en la medida que estos no son modos de extinción de las obligaciones conforme lo dispuesto en el artículo 1625 del Código Civil; en el hipotético caso que, la obligada no retorne los valores a favor de Colpensiones, esta deberá iniciar las acciones de cobro en contra de María Victoria Monsalve Zárate, por los rubros que le fueron pagados en exceso, sin que esta decisión se entienda como una decisión que afecta los derechos de la menor, pues simplemente se está disponiendo la restitución de una suma de dinero que fue pagada en cuantía superior al derecho que realmente le correspondía, junto con el reajuste por la devaluación de la moneda.

Conforme lo expuesto y al ser flagrante la equivocación de la juzgadora en lo que se refiera a este tema objeto de estudio, se dispondrá revocar los numerales 4, 5 y 6 de la sentencia objeto de censura.

12. Intereses moratorios. En vista que se condenó al pago de la proporción de la indemnización reclamada por Liliana Navarro Arbeláez sustitutiva, procede el estudio de esta pretensión, para ello, se tiene que los intereses moratorios se encuentran establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, canon que señala lo siguiente:

"A partir del 1º 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".

De lo anterior se colige que los intereses moratorios sólo se causan cuando se pagan extemporáneamente las mesadas pensionales reguladas por la Ley 100 de 1993. Ahora como la demandante pretende intereses moratorios por la falta de pago del porcentaje de la indemnización sustitutiva, es evidente que no procede su pago, pues Colpensiones no está en mora en el pago de mesadas pensionales.

13. Indexación. Ante la evidente devaluación monetaria, la proporción de la indemnización sustitutiva que le debe ser reconocida a Liliana Navarro Arbeláez por parte de Colpensiones debe ser indexada, de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor que es certificado por el DANE, teniendo como IPC inicial será el correspondiente al año 2014 y el IPC final el de la fecha en que la demandada realice el pago.

14. Extemporaneidad en la reclamación y prescripción. Tanto la tercera ad excludendum, como la menor demandada, argumentaron en su recurso de apelación que, la gestora de la litis presentó reclamación del derecho de forma extemporánea.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia SL1019-2021, sostuvo frente a la aparición de un nuevo beneficiario, lo siguiente:

"Ahora bien, la data de la muerte marca el inicio de la causación de las prestaciones a sus beneficiarios, sin que el estatuto pensional integre una previsión relativa a que, ante la presentación de uno nuevo o, ante la declaratoria judicial, que lo tiene como tal, se vea afectada la fecha de causación para acceder a la garantía pensional y, por este hecho solo sea efectivo a la ejecutoria de la sentencia. Esto es ante un posible nuevo beneficiario, se reitera, corresponde la aplicación del marco vigente sin que su presentación tardía afecte la existencia del derecho desde la calenda en que se difiere el mismo, que precisamente es la del fallecimiento; la consecuencia de la extemporaneidad en la reclamación, no es otra que la prescripción sobre los efectos económicos del mismo".

Al ser ello así, resultan desacertados los argumentos planteados por estos extremos procesales, pues si bien, conforme se extrae de la resolución SUB 180074 de 2021, la señora Liliana Navarro Arbeláez solo hasta el 11 de julio de 2021 se presentó a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del deceso de su esposa Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 50 a 58), data para la cual ya le había sido reconocida esta prestación a María Victoria Monsalve Zárate, como hija del causante, lo cierto es que esta circunstancia no le generaba en lo absoluto la pérdida del anhelado derecho.

De otro lado, se le recuerda a la recurrente, que la máxima corporación de la Jurisdicción ordinaria, tiene acogida la tesis que, la indemnización sustitutiva constituye un derecho pensional imprescriptible y así se ha expuesto entre otros, en las sentencias CSJ SL3659-2020 y SL4559-2019.

15. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de July Paolina Zárate Sanabria y María Victoria Monsalve Zárate y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

No se impondrán costas a cargo de Liliana Navarro Arbeláez, como quiera que el recurso de alzada salió avante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero sentencia proferida el 8 de noviembre de 2023, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar "DECLARAR que la señora LILIANA NAVARRO ARBELÁEZ en su calidad de Cónyuge supérstite del causante GUSTAVO DE JESÚS MONSALVE TAMAYO, tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en un porcentaje equivalente al 50%, que asciende a la suma de \$125.299.929,5", de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia apelada, conforme lo anteriormente expuesto.

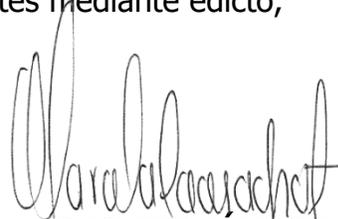
TERCERO: REVOCAR los numerales cuarto, quinto y sexto de la sentencia apelada, para en su lugar **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la señora Liliana Navarro Arbeláez, el 50% de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, con ocasión del deceso de Gustavo de Jesús Monsalve Tamayo, en un porcentaje equivalente al 50%, que asciende a la suma de \$125.299.929,5, suma que deberá ser debidamente indexada, conforme lo expuesto.

CUARTO: ORDENAR a María Victoria Monsalve Zárate, a través de su representante legal, a devolver a favor Colpensiones la suma de \$125.299.929,5, debidamente indexados; en el evento que no retornen los valores a favor del ente público, esta deberá iniciar las acciones de cobro en contra de la obligada, por los rubros que le fueron pagados en exceso.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

SEXTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de July Paolina Zárate Sanabria y María Victoria Monsalve Zárate.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante Liliana Navarro Arbeláez y a cargo de María Victoria Monsalve Zárate y July Paolina Zárate Sanabria, el equivalente a medio (1/2) SMMLV, esto es, la suma de \$580.000, para cada una de ellas.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: FAVIO ANDRÉS GIACOMETTO DALLOS
Demandada: ENERGÍA, REDES Y SERVICIOS E.R.S. S.A.S.
Radicado No.: 16-2019-00688-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO - APELACIÓN DE SENTENCIA –
REVOCA PARCIALMENTE Y MODIFICA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Favio Andrés Giacometto Dallos instauró demanda ordinaria contra Energía, Redes y Servicios E.R.S. S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de noviembre de 2016 al 20 de febrero de 2017, el cual finalizó de forma unilateral y sin justa causa por la encartada. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de cesantía y sus intereses doblados a título de sanción, vacaciones, prima de servicios, indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró contrato de trabajo con la encartada el 15 de octubre de 2016, para desempeñar el cargo de ejecutivo de cuenta, devengando como salario la suma de \$1.000.000, el cual finalizó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador, quien, además, omitió el pago de cesantía en vigencia de la relación laboral, así como las demás acreencias solicitadas al finiquito del laborío. (Expediente digital, PDF 03Demanda).

2. Contestación de demanda. Mediante auto adiado del 7 de marzo de 2022, el juez de conocimiento tuvo por no contestada la demanda. (Expediente digital, PDF 13Auto).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de julio de 2023, en la que el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre 15 de noviembre de 2016 al 20 de febrero de 2017, el cual finalizó sin justa causa. Así las cosas, condenó a la convocada a juicio al pago de salarios insolutos, diferencia de liquidación de prestaciones sociales, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, indexación y costas procesales. Autorizó la entrega del título de depósito judicial consignado en el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por la suma de \$335.974 a favor del demandante.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación se propuso verificar si entre las partes existió un contrato laboral entre 15 de noviembre del 2016 al 20 de febrero de

2017 y, en consecuencia, si hay lugar al pago de acreencias laborales solicitadas en el escrito genitor. Con tal propósito, sostuvo que la pasiva aceptó la existencia del vínculo laboral que se suscitó dentro de los hitos señalados, así mismo, que desempeñó el cargo de ejecutivo de cuenta, devengando un salario de \$1.300.000, aspectos que se encuentran demostrados con la certificación laboral expedida por la encartada, además, con la copia del contrato de trabajo y el interrogatorio de parte surtido a la demandada.

Sentado lo anterior, atinente a la indemnización por despido sin justa causa recordó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que le corresponde al trabajador acreditar la ruptura del vínculo laboral, mientras que al empleador que su finalización se dio con justa causa, sin que con posterioridad se pueda presentar o alegar causales diferentes a las planteadas en el momento del finiquito. Frente al primer aspecto dijo que se encuentra plenamente acreditado con la confesión que efectuó el representante legal de la llamada a juicio, en tanto que refirió que el laborío culminó el 20 de febrero de 2017.

En cuanto a la justeza precisó que también se halla demostrada toda vez que el actor fue llamado a descargos, oportunidad en que le cuestionó los motivos por los cuales no asistió a laboral, sin que dentro del plenario se logre establecer justificación alguna para que el demandante dejara de asistir a sus labores diarias. Preciso que en el contrato de trabajo milita cláusula en la cual el demandante se obligó a cumplir el horario, de tal manera si aquel debía atender una situación personal, familiar o médica, debió anunciarlo al empleador; no obstante, no lo efectuó, ni si quiera cuando fue llamado a descargos, por lo que de cara al "indicio grave" que pesa en su contra, toda vez que no se presentó a rendir interrogatorio de parte, consideró acreditada la justeza en el despido.

En lo que hace a la indemnización moratoria, luego de determinar que la demandada no actuó de buena fe y por tanto ordenar su procedencia, liquidó la misma, para lo cual dijo que esta lo sería a partir del momento en que finalizó la relación laboral, esto es, 21 de febrero de 2017 y hasta que se constituyó el título de depósito judicial que lo fue el 17 de julio de 2020, suma que asciende a \$46.800.000.

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Demandante. Inconforme con lo anterior, formuló recurso de apelación esgrimiendo que, aunque el juez de conocimiento indicó que el vínculo laboral finalizó con justeza, hecho que se encuentra demostrado con el proceso disciplinario allegado y por lo dicho por el representante legal de la sociedad demandada; sin embargo, recordó que se tuvo por no contestada la demanda, luego la documental anexa a la misma no fue decretada en oportunidad procesal, ni de oficio, de ahí que no pudo haber sido valorada, a más que de haber sido así, los documentos carecen de credibilidad, en tanto que revisadas las fechas impuestas en estos, son con posterioridad a la finalización del laborío.

4.2. Demandada. Como fundamento de su alzada esbozó que la demanda se presentó de forma extemporánea, es decir, pasados los veinticuatro meses, de conformidad con el artículo 65 del C.S.T. Indicó que los \$300.000 adeudados fueron consignados al demandante.

5. Alegatos de conclusión. El **demandante** alegó en su favor aduciendo que hubo un despido sin justa causa si se tiene en cuenta que el proceso disciplinario allegado no se tuvo en cuenta como prueba ni fue solicitado de oficio por el A quo, además, denota la mala del accionada por cuanto el mismo tiene fecha posterior a la terminación del laborío, por lo que carece de veracidad. Indicó que se encuentra acreditado que cumplió con el presupuesto exigido por el artículo 65 del CST, para la procedencia de la indemnización

moratoria, dado que el representante legal confesó haber recibido la comunicación el 15 de febrero de 2019.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por los recurrentes.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar lo siguiente: (i) ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa que pretende?; y (ii) ¿El A quo se equivocó al liquidar la indemnización moratoria señalada en el artículo 65 del C.S.T., pues esta corresponde al pago de intereses moratorios, en tanto a la fecha de presentación de la demanda de cara a la data de terminación de la relación laboral que suscribió con el actor, pasaron 24 meses?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por no ser recurrido por las partes que entre Favio Andrés Giacometto Dallos y Energía, Redes y Servicios E.R.S. S.A.S., existió una relación laboral, con vigencia entre 15 de noviembre de 2016 al 20 de febrero de 2017. Tampoco es objeto de controversia su modalidad o duración, el salario devengado y la labor de ejecutivo de cuenta que desarrolló. Ni que en virtud del citado nexo contractual se adeudan al actor salarios insolutos, reliquidación de cesantía e intereses a las mismas, prima de servicios, sanción por la no consignación de cesantías, en la forma y cuantía determinada por el juez primigenio.

4. Despido sin justa causa. La parte demandante centró su inconformidad contra el fallo de primera instancia aduciendo que no se demostró durante el devenir procesal la justa causa en el despido del trabajador, en tanto que la prueba documental que sirvió al juez de conocimiento para concluir la justeza en el despido no fue decretada en oportunidad procesal, a lo que sumó la falta de valoración de la misma, que de haber sido apreciada en debida forma, le hubiera permitido concluir la viabilidad del pago de la indemnización por despido sin justa causa peticionada.

Frente tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014)

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, advierte la Sala que el demandante cumplió con la aducida carga, en tanto que la conclusión a la que llegó el juez de primer grado sobre tal aspecto no se recurrió por las partes, misma que la llevó a colegir que la terminación del contrato de trabajo fue de forma unilateral del empleador, ante la existencia de confesión que efectuó el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte que se le practicó de manera oficiosa en audiencia celebrada el 26 de julio de 2023. De esta manera, al evidenciarse que el promotor del litigio cumplió con su carga probatoria, surge para Sala estudiar si la pasiva no sólo acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa, sino, además, que cumplió con el deber de comunicarle a su trabajador las causas y motivos de su decisión.

Conforme a lo dicho, la Sala indica que, sobre este aspecto, no se arrimó ningún medio de convicción que permitiera concluir con certeza que la terminación del contrato de trabajo del aquí actor estuvo fundada en alguna situación fáctica, menos de aquellas contempladas en la Ley sustantiva, pues no cumplió con su deber arrimar al cartapacio las pruebas tendientes a demostrar que el gestor de la litis conoció de tal determinación, ni probó la ocurrencia de los hechos que se alegan.

En ese sentido, si bien obra la contestación de demanda efectuada por la encartada, en la que se pretendió incorporar como prueba el proceso disciplinario llevado a cabo al trabajador, así como la carta de despido, lo cierto es que debe recodar el Tribunal que a la encartada se le tuvo por no contestada la demanda en providencia calenda 7 de marzo de 2022, de allí que las documentales que acompañan la respuesta al libelo introductor no fueron decretadas por A quo en audiencia del que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., decisiones que se encuentran debidamente ejecutoriadas.

Lo anterior quiere decir que el A quo se equivocó al afirmar que la demandada no solo identificó las razones que llevaron al finiquito de la relación laboral, sino que las causas y sus fundamentos ocurrieron, pues así lo demostraban las documentales que acompañó la encartada en la contestación de la demanda, cuando es claro que las pruebas no fueron decretadas por él y, por tanto, tampoco incorporadas debidamente al proceso, lo que impedía entrar y darle valor probatorio correspondiente, de allí que se encuentra probado el error que le achaca la censura.

Por manera que, al evidenciar la Sala que la demandada no allegó prueba de los hechos que alega, pues de una parte no cumplió con comunicar a su trabajador al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo del finiquito del laborío y, de otra, que la consecuencia de su decisión haya sido como consecuencia de una justa causa, pues sobre ello no hay ningún solo medio de prueba, lo que significa que ante el vacío probatorio es claro que el despido del promotor del proceso deviene sin justa causa y por consiguiente hay lugar a la indemnización solicitada por éste, conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 64 del CST.

4.1. Liquidación. Aplicando la norma sustantiva, se tiene que, a título de indemnización por despido injusto se reconocerá la suma de **\$1.300.000**, en razón a que el tiempo de servicio prestado por el convocante del juicio se enmarca en el literal "a" del Art. 64 en cita, en tanto que el trabajador devengaba menos de 10 salarios mínimos legales mensuales.

Indemnización por despido sin justa causa					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Indemnización
\$ 1.300.000	15/11/2016	20/02/2017	\$ 43.333,33	95	\$ 1.300.000
Total Indemnización					\$ 1.300.000

En tal virtud, se revocará parcialmente el numeral 3º de la sentencia confutada.

5. Pago de prestaciones sociales y salarios. La cesura cuestiona en rigor la equivocación en la que incurrió el cognoscente de primer grado al no inferir que canceló la suma de \$300.000 a favor del trabajador demandante por concepto de salario.

Conforme a ello, de entrada, evidencia la Sala que del acopio probatorio con total certeza se razona del mismo que no se encuentra demostrado el pago que aduce realizó la encartada a favor del accionante, para exonerarse de su pago o tener por lo menos probado pago parcial de la obligación causada a favor del trabajador, siendo de su resorte probar dicha circunstancia, en los términos del artículo 167 del C.G.P.

Es del caso precisar que habiéndose señalado por el demandante que no recibió el pago de salarios y prestaciones sociales, le significaba entonces como empleador probar lo contrario, es decir, presentar medio de convicción que permitiera colegir que realmente solucionó lo debido. Además, porque dicha exigencia solamente le compete a la sociedad, pudiendo fácilmente cumplir con la carga que le correspondía en procura de enervar las obligaciones que se le atribuyen.

Así las cosas y como quiera que no se demostró su pago, se mantendrá la decisión que sobre tal aspecto bien tomó el A quo.

6. Indemnización moratoria. La cesura cuestiona en rigor la equivocación en la que incurrió el cognoscente de primer grado al liquidar la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 C.S.T., considerando que como quiera que transcurrieron 24 meses desde la fecha de terminación del contrato y la presentación de la demanda, se debió condenar los intereses moratorios y no un día de salario por cada día de retardo.

De cara al reproche esbozado, conviene decir que no se presenta ninguna controversia en torno a que la conducta de la demandada frente al demandante no estuvo revestida de buena fe, para abstenerse de pagar salarios y prestaciones sociales que correspondían a aquel al momento de la finalización del contrato de trabajo, siendo procedente la condena sobre la sanción que hace alusión el artículo 65 del CST.

Ahora, como el contexto planteado por la recurrente se reduce a que se tenga para efectos de su condena los intereses moratorios sobre las sumas por concepto de salarios y prestaciones sociales condenadas por el A quo, resulta procedente recordar lo que tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias la de radicado 36577 del 06 de mayo del 2000, reiterada en sentencia SL1560-2014, donde en lo concerniente a la indemnización e intereses moratorios, dijo:

"De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico".

En el presente caso, la terminación del contrato de trabajo fue efectiva el 20 de febrero de 2017 y la demanda se presentó el 4 de octubre de 2019, es decir, por fuera de los 24

meses de que trata el artículo 65 del C.S.T. y como quiera que el último salario corresponde a \$1.300.000, superior al salario mínimo legal diario del año 2017, el cual no fue objeto de censura por las partes, es evidente que de conformidad con el criterio jurisprudencial vertido, proceden los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación sobre los salarios y prestaciones sociales adeudadas, contabilizados desde que se produjo el finiquito hasta 17 de julio de 2020, data que tuvo en cuenta el A quo para frenar la indemnización moratoria como resultado de la consignación del título de depósito judicial efectuado por la encartada a favor del convocante de la litis, punto sobre el que tampoco hubo disenso por los antagonistas.

Así las cosas, resulta procedente acceder al pedimento de la censura, por lo que se dispondrá que para la liquidación de los réditos se tengan en cuenta las sumas aquí ordenadas por concepto de prestaciones sociales y salarios, así:

Liquidación intereses Moratorios						
Fecha inicial	Fecha final	Número de días	Interés Moratorio	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal
20/02/17	31/03/17	41	33,51%	0,0803%	\$ 1.068.305,00	\$ 35.177,00
01/04/17	30/06/17	90	33,50%	0,0803%	\$ 1.068.305,00	\$ 77.198,00
01/07/17	31/08/17	60	32,97%	0,0792%	\$ 1.068.305,00	\$ 50.756,00
01/09/17	30/09/17	30	32,22%	0,0776%	\$ 1.068.305,00	\$ 24.874,00
01/10/17	31/10/17	30	31,73%	0,0766%	\$ 1.068.305,00	\$ 24.543,00
01/11/17	30/11/17	30	31,44%	0,0760%	\$ 1.068.305,00	\$ 24.347,00
01/12/17	31/12/17	30	31,16%	0,0754%	\$ 1.068.305,00	\$ 24.154,00
01/01/18	31/01/18	30	31,04%	0,0751%	\$ 1.068.305,00	\$ 24.072,00
01/02/18	28/02/18	30	31,52%	0,0761%	\$ 1.068.305,00	\$ 24.398,00
01/03/18	31/03/18	30	31,02%	0,0751%	\$ 1.068.305,00	\$ 24.062,00
01/04/18	30/04/18	30	30,72%	0,0744%	\$ 1.068.305,00	\$ 23.858,00
01/05/18	31/05/18	30	30,66%	0,0743%	\$ 1.068.305,00	\$ 23.817,00
01/06/18	30/06/18	30	30,42%	0,0738%	\$ 1.068.305,00	\$ 23.653,00
01/07/18	31/07/18	30	30,05%	0,0730%	\$ 1.068.305,00	\$ 23.396,00
01/08/18	31/08/18	30	29,91%	0,0727%	\$ 1.068.305,00	\$ 23.304,00
01/09/18	30/09/18	30	29,72%	0,0723%	\$ 1.068.305,00	\$ 23.170,00
01/10/18	31/10/18	30	29,45%	0,0717%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.988,00
01/11/18	30/11/18	30	29,24%	0,0713%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.843,00
01/12/18	31/12/18	30	29,10%	0,0710%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.747,00
01/01/19	31/01/19	30	28,74%	0,0702%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.498,00
01/02/19	28/02/19	28	29,55%	0,0719%	\$ 1.068.305,00	\$ 21.520,00
01/03/19	31/03/19	30	29,06%	0,0709%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.719,00
01/04/19	30/04/19	30	28,98%	0,0707%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.664,00
01/05/19	31/05/19	30	29,01%	0,0708%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.685,00
01/06/19	30/06/19	30	28,95%	0,0707%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.643,00
01/07/19	31/07/19	30	28,92%	0,0706%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.622,00
01/08/19	31/08/19	30	28,98%	0,0707%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.664,00
01/09/19	30/09/19	30	28,98%	0,0707%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.664,00
01/10/19	31/10/19	30	28,65%	0,0700%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.436,00
01/11/19	30/11/19	30	28,55%	0,0698%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.366,00
01/12/19	31/12/19	30	28,37%	0,0694%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.242,00
01/01/20	31/01/20	30	28,16%	0,0689%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.096,00
01/02/20	29/02/20	29	28,59%	0,0699%	\$ 1.068.305,00	\$ 21.648,00
01/03/20	31/03/20	30	28,43%	0,0695%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.283,00
01/04/20	30/04/20	30	28,04%	0,0687%	\$ 1.068.305,00	\$ 22.012,00
01/05/20	31/05/20	30	27,29%	0,0670%	\$ 1.068.305,00	\$ 21.489,00
01/06/20	30/06/20	30	27,18%	0,0668%	\$ 1.068.305,00	\$ 21.412,00
01/07/20	17/07/20	16	27,18%	0,0668%	\$ 1.068.305,00	\$ 11.420,00
Total Intereses						\$ 955.440,00

En tal sentido el literal "d" del numeral 2º de la sentencia confutada será modificado.

7. Costas. Sin costas en esta instancia, ante la prosperidad parcial de las apelaciones impetradas. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

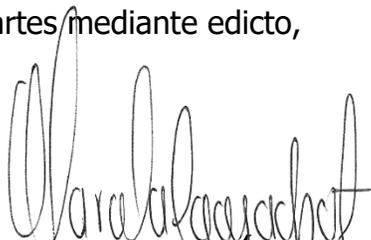
PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral 3° de la parte resolutive de la sentencia proferida el 31 de julio de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **ENERGÍA, REDES Y SERVICIOS E.R.S. S.A.S.**, a pagar al señor **FAVIO ANDRÉS GIACOMETTO DALLOS**, la suma de **\$1.300.000**, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

SEGUNDO: MODIFICAR el literal "d" del numeral 2° de la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada **ENERGÍA, REDES Y SERVICIOS E.R.S. S.A.S.**, a pagar al señor **FAVIO ANDRÉS GIACOMETTO DALLOS**, la suma de **\$955.440**, por concepto de intereses moratorios del que trata el artículo 65 del C.S.T.

TERCERO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia de primer grado.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: YANETH ESPERANZA MÁRQUEZ CRUZ
Demandadas: COLPENSIONES
Vinculada: EDELMIRA PÁRRAGA ALMARIO
Radicación: 110013105-031-2022-00226-01
Tema: PENSIÓN SOBREVIVIENTE – MODIFICA Y REVOCA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Yaneth Esperanza Márquez Cruz instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por la muerte de su compañero permanente, señor Arcesio Castro Molano, desde el momento de su fallecimiento, junto con las mesadas adicionales de cada año e incrementos anuales; se condene al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 o subsidiariamente la indexación; se condena al pago de gastos y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que, al señor Arcesio Castro Molano, le fue reconocida en Resolución No GNR 150880 del 25 de junio de 2013 una pensión de vejez por parte de Colpensiones; convivieron en unión marital de hecho, desde el año 2012 y hasta la fecha de su muerte; el deceso del señor Castro se produjo el 11 de agosto de 2021; fue solicitada pensión de sobrevivientes el 24 de septiembre de 2021 y fue negada en la Resolución No SUB 332367 del 14 de diciembre de 2021.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF 12NotificacionAndje); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda. Colpensiones se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo que no acreditó los requisitos legales del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para ostentar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión al fallecimiento del señor Arcesio Castro Molano, como quiera que, no demostró debidamente la convivencia interrumpida dentro del periodo de tiempo requerido, conforme investigación administrativa adelantada, relacionada en la Resolución SUB_332367 de fecha 14 de diciembre de 2021. Como excepciones de mérito formuló las denominadas prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no

debido, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y genérica. (Expediente digital PDF. 11ContestacionDemanda, Pág. 2 a 12)

4. Trámite procesal. En proveído del 29 de julio de 2022, se dispuso integrar al proceso a la señora Edelmira Párraga Almario, sin que se advirtiera en que calidad, (Expediente electrónico, PDF 14AutoContestadaOrdenaVincular); a quien se le tuvo por no contestada la demanda, mediante auto del 31 de octubre de la misma anualidad. (Expediente electrónico, PDF 19AutoTieneNoContestadaFijaFecha)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de agosto de 2023, en la que la falladora de primera instancia absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y gravó en costas a la demandante.

La a quo fundamentó su decisión en que, se encontraba demostrado que al señor Arcesio Castro Molano le fue reconocida una pensión de jubilación por aportes mediante Resolución GNR 150880 del 25 de junio de 2013 y que su fallecimiento se produjo el 11 de agosto de 2021, por lo que la norma aplicable era la Ley 797 de 2003; sostuvo que le correspondía demostrar a las señoras Yaneth Esperanza Márquez Cruz y Edelmira Párraga Almario, quienes alegan la calidad de compañeras permanentes, que convivieron con el pensionado en los cinco años inmediatamente anteriores a su deceso.

Frente a la situación de la señora Edelmira Párraga Almario, refirió que, conforme su interrogatorio de parte, confesó que habían sido pareja desde 1987 y se habían separado hasta el año 2016, hecho que también se corroboraba con el documento denominado "acuerdo de voluntades" de fecha 16 de abril de la misma anualidad, suscrito entre ella, William Castro Párraga y el causante, en donde se acordó que, los dos primeros se comprometían a desocupar el inmueble ubicado en la calle 132 Bis No. 129 - 27 Barrio Toscano, permaneciendo allí el señor Arcesio Castro Molano hasta que se realizara la venta de este, concluyendo de esta forma que la convivencia entre este extremo procesal y el pensionado cesó el 16 de abril de 2016, por lo que no resultaba beneficiaria de la sustitución de la pensión, pues a pesar que su convivencia perduró por más de 5 años, la misma no inmediatamente anterior al deceso del señor Castro.

Respecto a la Janet Esperanza Márquez Cruz, manifestó que, en el interrogatorio de parte ella sostuvo que la convivencia con el pensionado se había desarrollado en calle 132d No 126d-65 en el barrio Suba Gaitana de la ciudad de Bogotá, desde el 4 de marzo del año 2012, a pesar de ello, la testigo Ana Lucía Sanz, manifestó que la pareja empezó a convivir desde el año 2016, la que se mantuvo hasta la fecha en que se produjo la muerte.

A su vez, indicó que de la declaración de la señora Sanz, se extraía que el señor Arcesio vivió en la casa de Elvira Párraga, su antigua pareja, hasta que la casa de habitación fue vendida, hecho que se produjo en el año 2016, manifestaciones que también se podían acreditar con la declaración de las testigos Mónica Roldán y María del Carmen Fonseca.

Respecto a la declaración del testigo Leonardo Méndez, sostuvo que se presentaban contradicciones en su declaración y las fechas en las que se presuntamente se había desarrollada la convivencia entre esta pareja, por lo que se le restó credibilidad.

De otro lado el testigo Cindy Daniela Bohórquez, sostuvo que Arcesio Castro Molano fue un arrendatario de una casa de ella del 2018 al 2020, en donde pagaba \$400.000 pesos mensuales, que él vivía solo y que nunca conoció a Janet Márquez. En este mismo sentido, la testigo Adriana Castro Parra, hija del causante, manifestó que su padre convivió con la señora Edelmira Párraga hasta abril de 2016, el continuó habitando la casa en donde la pareja convivió hasta que la casa fue vendida, que fue aproximadamente en agosto de

2018, luego su padre se trasladó al barrio las Flores, hasta septiembre de 2020 y a partir del mes de octubre de esa misma anualidad, se fue a vivir con la señora Janet Esperanza Márquez Cruz, declaración a la cual se le dio plena validez.

A su vez, argumentó que, si bien había sido allegada una certificación de la Nueva E.P.S., en donde se indica que la señora Janet Márquez estaba afiliada como beneficiaria del pensionado, lo cierto era que, conforme lo sostenido por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la sola inscripción del cónyuge del compañero o compañera permanente como beneficiarios de la Seguridad Social en salud, pensiones o en otros beneficios económicos no es prueba por sí misma de la convivencia. Adicionalmente, sostiene que, en respuesta dada por el Fondo Nacional del Ahorro al fallecido, en fecha 29 de junio de 2016, se registra como dirección la calle 132 F Bis. 129 - 27 barrio Toscana de Suba, esto es la dirección que compartía con la señora Edelmira Párraga; también se contaba con certificación de residencia firmada por Cindy Daniela Bohórquez y Carmen Rosa Torres, en donde se indica que el señor Castro residió en la carrera 111 B Bis 139 - 53 barrio Suba las Flores, durante un periodo comprendido entre el 6 de agosto del año 2018 y el 30 de noviembre del año 2020. En este mismo sentido, se contaba con certificación de la DIAN en donde el señor Arcesio Castro Molano para junio de 2019 reportó como dirección de residencia carrera 111 B Bis 139 – 53, misma que fue indicada por las señoras Daniela Bohórquez y Carmen Rosa Torres.

De acuerdo con lo anterior, resultaba claro que la señora Janet Esperanza Márquez Cruz no convivió con el causante desde el año 2012 como lo alega, sino que esta empezó desde el año 2020, por lo que tampoco lograba acreditar el requisito de convivencia de 5 años inmediatamente anterior a la fecha en la que se produce el deceso. (Expediente digital, archivos 29 y 30)

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

6.1. Janet Esperanza Márquez Cruz. Interpuso recurso de apelación, solicitando sea revocada en su integridad la sentencia, para que en su lugar, se condene al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora Janeth Márquez, teniendo en cuenta para ello que, no se apreciaron las pruebas en su conjunto debido a que no se tuvo en cuenta la declaración juramentada del señor Arcesio y la señora Janeth, pues ellos indicaron que convivían juntos desde enero de 2016, lo que también se logró demostrar con la prueba testimonial. Finalmente, indica que, si bien, no estaba acreditada la convivencia de la pareja desde el año 2012, si estaría demostrada por lo menos desde enero de 2016.

6.2. Edelmira Párraga Almarino. Interpuso recurso de apelación argumentado que, la convivencia con el causante se produjo por mas de 28 años, que conforme con el certificado de desplazamiento emitido por la directora de registro y gestión de la Unidad de Víctimas, para el 27 de mayo el 2018, aún la pareja conformaba un núcleo familiar y que si bien, la convivencia se desarrolló hasta el 2016, no es menos cierto que la señora Párraga le ayudó a cubrir todas las cuotas de la afiliación del señor Arcesio al fondo de pensiones.

7. Alegatos de conclusión. Colpensiones alegó en su favor e indicó que no hay lugar a sustituir la pensión reclamada, en vista que no fue acreditado el requisito de convivencia con ninguna de las intervinientes.

Por su parte, Edelmira Párraga Almario sostiene que es la única que logró probar que reúne los requisitos procesales para ser reconocida como compañera permanente del causante y por ello, a ella se le debe reconocer la pensión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la señora Edelmira Párraga Almario se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: (i) ¿Las señoras Janet Esperanza Márquez Cruz y Edelmira Párraga Almario lograron acreditar los requisitos exigidos para ser beneficiarias de la pensión que venía percibiendo el señor Arcesio Castro Molano?; (ii) en caso positivo ¿Desde qué fecha debe ser reconocida la prestación y en qué proporción?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de Arcesio Castro Molano se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 10572326, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 11 de agosto de 2021. (Expediente digital, PDF 02EscritoDemanda, pág. 15)

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 11 de agosto de 2021. Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Calidad de pensionado. No se discute que Héctor Julio Gómez Rueda fue pensionado por Colpensiones, por medio de Resolución No. GNR 150880 del 25 de junio de 2013. (Expediente digital, Carpeta32ExpedienteAdmnsirativo, PDF- GEN-ANE-CM-2013_4079294-1377117251306)

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1º del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003, establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

7. Requisitos de la pensión de sobrevivientes compañero permanente de pensionado. El artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 25 de diciembre de 2015, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

7.1. Calidad de compañeras permanentes. Ha de precisarse que en tratándose de compañero permanente, no es dable exigirle convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudirse a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 de 2007, en la que se señaló que se entiende

por familia *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Bajo ese entendimiento, valga precisar que en el campo de la seguridad social y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se *"dejó de darle preponderancia a los vínculos matrimoniales formales o solemnes"*, para *"dar paso a las uniones familiares que constituyeran una verdadera comunidad de vida afectiva y económicamente solidaria, independientemente de su origen jurídico o natural y sin consideración al modo como aquel se formó, sino atendiendo el concepto de una real y legítima comunidad matrimonial (art. 42 CN)"* (resalta la Sala, Casación del 7 de marzo de 2006 radicado 21572)"(CSJ- Radicación No 32694 del 09 de julio de 2008).

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

7.2. Derecho reclamado por la señora Janet Esperanza Márquez Cruz

7.2.1 Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Janet Esperanza Márquez Cruz nació el 19 de febrero de 1969, según da fe su cédula de ciudadanía, luego para la muerte de Arcesio Castro Molano contaba con 52 años cumplidos.

7.3. Derecho reclamado por la señora Edelmira Párraga Almario

7.3.1. Edad. Tampoco existe reparo frente a este tema, pese a ello, se tiene que la señora Edelmira Párraga Almario nació el 25 de enero de 1969, según da fe su cédula de ciudadanía, luego para la muerte de Arcesio Castro Molano contaba con 52 años cumplidos.

7.4. Convivencia. Sobre este punto, es preciso connotar por la Sala que si bien la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020 que había sido aplicada por esta Sala de Decisión, rectificó el criterio de exigir el requisito de convivencia al o a la cónyuge o compañero (a) permanente cuando él o la causante correspondiere a un afiliado(a) fallecido(a), en el sentido exigirles únicamente la acreditación de tal condición a la fecha del deceso, lo cierto es que en sentencia SU 149 de 2021 la Corte Constitucional dejó sin efectos tal decisión y le ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emitir una nueva sentencia *"(...) en la cual observe el precedente adoptado por la Corte Constitucional, en el sentido de que, en los términos del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado"*, de lo cual resulta diáfano que sobre el punto, el único criterio vigente se corresponde con la exigencia del requisito de convivencia, tratándose de pensionado, ora de afiliado fallecido.

De esta manera, la Sala respeta el precedente, que es lo que análogamente se ha llamado jurisprudencia en vigor, doctrina constitucional vigente, jurisprudencia constitucional o línea jurisprudencial consolidada, aplicando a casos similares una única regla que ha sido establecida finalmente por la Corte Constitucional en sentencia de unificación y ha sido reiterada por dicha corporación desde aquel entonces de manera uniforme.

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta vinculante al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Respecto a este tema la máxima corporación de justicia Constitucional, en sentencia SU 047 de 199, señaló que el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional y por tanto, los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio o regla universal que ha aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro.

Adicionalmente, se torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

Este requisito constituye el eje central de la controversia, punto frente al cual es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de "ser miembro del grupo familiar", para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "ser miembros del grupo familiar", y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

Con el anterior soporte legal y jurisprudencial, en el *sub examine* se deberá establecer si las recurrentes acreditan el requisito de la convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores a producirse la muerte del pensionado que ocurrió el 11 de agosto de 2021.

Lo primero que se debe hacer notar es que, de acuerdo con el informe técnico de investigación radicado bajo el número 2021_14094818 adelantado entre el 25 de noviembre al 13 de diciembre de 2021 por parte de Cosinte Ltda., (Expediente digital, PDF 02EscritoDemanda, pág. 15) se concluyó que, de acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, no se había logrado acreditar que la señora Yaneth Esperanza Márquez Cruz y el señor Arcesio Castro Molano, hubiesen convivido bajo la figura de unión marital de hecho desde el día 04 de marzo del año 2012 hasta el día 11 de agosto del año 2021, fecha en la que fallece el causante, teniendo en cuenta para ello que, se evidenciaban contradicciones en la información aportada por la señora Márquez y por los familiares del causante, pues según información recopilada, la pareja únicamente convivió por espacio de 3 meses.

De dicho informe se avizora que las conclusiones a las que arriba la sociedad investigadora, resultan ser acertadas, pues a pesar que la demandante en este trámite investigativo refiera que la convivencia con el pensionado data desde el 4 de marzo de 2012 y que la misma se desarrolló en el año Calle 132D # 126D – 65, la señora Bianey Huepe Castro (sobrina de la demandante) manifestó que la convivencia de la pareja se mantuvo por 5 años, por otro lado, Beatriz Castro Viuda De Huepe y Jaime Huepe Castro, (hermana y sobrino parte actora) refirieron que la pareja convivió entre 6 a 8 años; a contrario sensu William Castro Párraga (hijo causante), señaló que la pareja si tuvo un noviazgo pero convivieron aproximadamente 3 meses durante la pandemia, que desde el 2016, fecha para la cual se separó de su madre (Edelmira Párraga Almario) vivió solo en el barrio la Gaitana hasta el año 2019, luego vivió solo en Usme.

En este mismo sentido, Adriana Castro Párraga (hija del causante) comentó que su padre convivió con la señora Yaneth Esperanza Márquez Cruz solo a partir de noviembre del año 2020 en la Gaitana y hasta la fecha de su deceso, también, comentó que, su progenitor vivía solo en el barrio Toscana, luego el día 06 de agosto del año 2018 toma en arriendo una habitación en el mismo sector, residiendo allí hasta el día 30 de septiembre del año 2020.

De otro lado, Johana Buitrago Huepe (sobrina del causante), informó que desconoce la convivencia de su tío con la señora Yaneth Esperanza Márquez Cruz, dado que él vivía solo en una habitación cerca al barrio la Toscana en Bogotá.

Luego de ser confrontada la señora Yaneth Esperanza Márquez Cruz, con las anteriores consideraciones, cambió su versión e indicó que el señor Arcesio Castro Molano, vivía aparte debido a las condiciones que le impusieron los hijos para poder disponer del dinero de la venta del inmueble donde vivió con la anterior pareja, por lo que alternaban la convivencia.

Informe técnico que no logra ser desvirtuado por la convocante a juicio, pues si bien, en la alzada se acusa la sentencia recurrida de efectuar una indebida valoración probatoria, al no tenerse en cuenta la declaración juramentada del señor Arcesio y la señora Yaneth, lo cierto es que ello, en los más mínimo demuestra la efectiva y real convivencia entre la pareja, como quiera que, a pesar que los implicados ante la Notaria Cincuenta y nueve del Círculo de Bogotá el 21 de enero de 2016 manifestaron "*que vivimos en unión marital de hecho compartiendo lecho techo y mesa de manera permanente y singular desde hace 4 años*", es claro que, dicha manifestación tenía como única finalidad lograr la afiliación de la

señora Yaneth Esperanza Márquez Cruz como beneficiaria en salud del pensionado y así claramente lo demuestra la certificación expedida por la Nueva EPS el 20 de septiembre de 2021, el carné de afiliación y el formato de novedades de esta entidad (Expediente digital, PDF 02EscritoDemanda, pág. 17 a 21), prueba documental a la que no se le pueden dar los efectos queridos por la gestora de la litis, pues a pesar que este medio de convicción no ha sido desconocido ni tachado de falso, refleja unos hechos que no son acordes con la realidad, pues, no solamente el informe técnico aludido anteriormente demuestra una posible convivencia entre la pareja de 3 meses anteriores al óbito del causante, sino que se debe tener en cuenta que dentro del expediente administrativo del fallecido se encuentra incorporada certificación de fecha 14 de octubre de 2021, en la que las señoras Cindy Daniela Bohórquez y Carmen Rosa Torres hacen constar que el de cujus "*residió en la Carrera 111 B Bis No. 139 – 53 Barrio Suba las Flores en la ciudad de Bogotá, durante un periodo comprendido entre el 6 de agosto de 2018 y el 30 de septiembre de 2020*" conviviendo solo en el aparta estudio por este interregno, manifestación que fue ratificada por la señora Bohórquez al momento rendir su declaración ante la juez primer conocimiento.

Lo indicado en la certificación también encuentra soporte probatorio, con el formulario del Registro Único Tributario tramitado ante la DIAN, pues allí se indicó por parte del señor Arcesio Castro Molano para el 19 de junio de 2019, que su dirección de residencia era la Carrera 111 B Bis No. 139 – 53 Barrio Suba las Flores (Expediente digital, PDF 17ContestacionDemandaEdelmira, pág.30).

De otro lado, se debe hacer notar que dentro del expediente administrativo del de cujus, se evidencia comunicación dirigida al señor Arcesio Castro Molano para los años 2012, el 2 de octubre de 2013, 27 de agosto de 2015, 21 y 26 de enero de 2016, a la dirección calle 132 f bis No. 129 – 27, a su vez, se hace notar que esta misma dirección se encuentra registrada en los reportes de semanas cotizadas en pensión expedida por la demandada con fecha de actualización 6, 7 y 23 de septiembre de 2013, 21 de agosto de la misma anualidad.

En esta misma línea, nótese que las comunicaciones dirigidas por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, los días 13 de marzo, 14 de noviembre de 2012 y octubre de 2015, fueron remitidas al fallecido a la calle 132 f bis No. 129 – 27, misma dirección que fue indicada por él ante el Ministerio del Interior – Dirección Nacional de Derechos de Autor – Unidad Administrativa Especial durante los años 2012 hasta 2015, cuando fueron registradas obras literarias. (Expediente digital, PDF 17ContestacionDemanda, pág. 4 a 28)

Tampoco se puede perder de vista que, del contenido del documento del 16 de abril de 2016 denominado "*acuerdo de voluntades*", (Expediente digital, PDF 17ContestacionDemanda, pág. 3) el finado registró como su lugar de residencia y habitación la calle 132 f bis No. 129 – 27, dirección totalmente disímil a la indicada por la señora Yaneth Esperanza Márquez Cruz, tanto en la demanda como en la investigación administrativa, inclusive al momento de absolver el interrogatorio, pues según su dicho la convivencia con el causante se desarrolló en la calle 132 D 126 D 65 Barrio Gaitana desde el año 2012, afirmación que no resulta ser cierta de acuerdo a la abundante prueba documental analizada de forma pretérita.

Ahora bien, ningún reparto merece la valoración probatoria realizada por juzgadora de primer grado, pues, es evidente que la prueba testimonial aportada por la parte actora, esto es, las declaraciones de Ana Lucia Salcedo Rodríguez, Mónica Roldan Salcedo y Manuel Leonardo Méndez Silva, se contrarían con las pruebas documentales referenciadas con anterioridad, pues si bien, los tres declarantes coinciden en afirmar que Yaneth Esperanza Márquez Cruz y Arcesio Castro Molano convivieron desde el año 2012 en la

casa de las hermanas de la gestora de la litis y que se mantuvo hasta la fecha en que se produjo el óbito, tal afirmación queda sin sustento con el solo acuerdo de fecha 16 de abril de 2016, denominado "*acuerdo de voluntades*", pues es claro que allí se acordó entre la señora Edelmira Párraga Almario, Arcesio Castro Molano y su hijo William Castro, que el finado habitaría el inmueble ubicado en la calle 132 f bis No. 129 – 27, hasta que se realizara su venta, la que se produjo a mediados de junio o agosto de 2016, conforme lo informaron los deponentes Adriana Castro y María del Carmen Fonseca.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la declarante Adriana Castro, ratifica lo dicho en la investigación administrativa adelantada por Colpensiones, en la medida que es conteste, al sostener que su padre solo empezó a convivir con la señora Márquez desde el mes de octubre de 2020, manifestación que resulta acorde con la actualización de datos y la planilla de autorización de descuentos a mesadas pensionales del Banco Caja Social, suscrito por el finado, en donde se indicó para el 15 de febrero de 2021, que su dirección de residencia era la calle 132 D 126 D 65 del barrio Gaitana, dirección que corresponde a la de la promotora de la contienda. (Expediente digital, PDF 32ExpedienteAdministrativo)

Conforme lo anteriormente expuesto, es claro que, tal y como lo definió la cognoscente, la convivencia de la pareja conformada por Yaneth Esperanza Márquez Cruz y Arcesio Castro Molano, se mantuvo por un espacio inferior a un año, lo que evidentemente no le da derecho al reconocimiento de la pretendida sustitución pensional, en este sentido, se deberá confirmar la decisión apelada en lo que se refiere a la situación pensional anhelada por la parte actora.

En lo referente a la señora Edelmira Párraga Almario, de entrada se debe advertir que resulta acertada la decisión de la juzgadora, en la medida que, este extremo procesal al momento de absolver el interrogatorio de parte confesó que su convivencia con el señor Arcesio Castro Molano se mantuvo solo hasta el mes de abril de 2016, hecho que también es ratificado por su hija la señora Adriana Castro, resultando claro que la pareja no convivió en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del señor castro, evento que no le confiere el derecho a la sustitución pensional.

Si bien, la apoderada de la señora Yaneth Esperanza Márquez Cruz al momento de interponer recurso de apelación, indicó que con posterioridad a su separación, continuaron conformando un núcleo familiar, tal afirmación no es cierta, en la medida que al cuestionársele a la señora Edelmira sobre el lugar de residencia del fallecido, después del 2016 manifestó desconocerlo por completo, resultando claro que los lazos de apego, sentimiento, de socorro o ayuda mutua desaparecieron por completo, aunado a lo anterior, dentro del informativo no obra prueba documental o testimonial que demuestre lo contrario.

Finalmente, refirió la apelante que la señora Párraga le ayudó a cubrir todas las cuotas de la afiliación del causante al fondo de pensiones, al respecto, se señala que este hecho no se encuentra acreditado en el informativo y mucho menos fue objeto de debate o mención en curso de este juicio, en todo caso, de encontrarse acreditado esto no convalida el tiempo exigido para acceder a la prestación reclamada.

Los anteriores argumentos son mas que suficientes para sostener que, ninguna de las intervinientes en este juicio, lograron demostrar una real y efectiva convivencia con el señor Arcesio Castro Molano, dentro de sus últimos cinco años de vida.

8. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Yaneth Esperanza Márquez Cruz y Edelmira Párraga Almario a favor de Colpensiones, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de agosto de 2023, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de Colpensiones y a cargo de Yaneth Esperanza Márquez Cruz. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



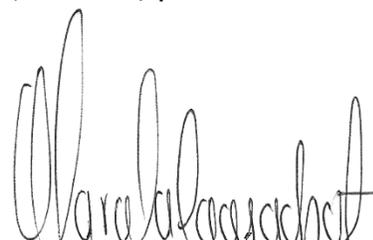
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Colpensiones y a cargo de Yaneth Esperanza Márquez Cruz y Edelmira Párraga Almario, el equivalente a medio (1/2) SMMLV, esto es, la suma de \$580.000, para cada una de ellas.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ELSA VICTORIA MATAMOROS MATOMOROS
DEMANDADO: AVIANCA S.A.
LITISCONSORTE: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 110013105-017-2020-00005-01
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: CÁLCULO ACTUARIAL

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora Elsa Victoria Matamoros a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que existió un contrato de trabajo con Avianca S.A., en el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 1979 al 30 de junio de 1989, el que terminó por mutuo acuerdo entre las partes y como consecuencia de ello, se condene a esta sociedad a pagar mediante cálculo actuarial y con destino a Colpensiones, las cotizaciones en pensiones causadas entre el 2 de noviembre de 1980 al 30 de junio de 1989, así como las costas procesales, agencias en derecho y condenas ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que, suscribió contrato con la empresa Avianca S.A. el día 29 de febrero de 1979, siendo el cargo desempeñado el de auxiliar de servicios abordo, en las instalaciones y aerolíneas de la demandada; el salario devengado a la fecha de retiro ascendía a la suma de \$293.933,66 mensuales; refiere que la relación laboral se mantuvo por un término de 10 años y 5 meses y finalizó por mutuo acuerdo; durante la vinculación laboral la empresas solo efectuó cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones del periodo comprendido entre el 1 de febrero de 1979 hasta el 1 de noviembre de 1980, omitiendo los periodos entre el 2 de noviembre de 1980 hasta el último día de retiro; a su vez, expone que citó e hizo comparecer a la empresa ante el Ministerio de Trabajo, con el fin de adelantar diligencia de conciliación (Expediente digital, Cuaderno principal, PDF 02DemandaAnexos).

2. Contestación de la demandada. Avianca S.A. al momento de descorrer el termino de traslado, aceptó la existencia de la relación laboral entre las partes y se se opuso a las demás pretensiones formuladas, indicando que, inicialmente la demandante prestó sus servicios como representante tráfico de pasajeros, por lo cual se adelantó afiliación al Instituto de Seguro Social el 1 de febrero de 1979, sin embargo, con posterioridad, el 28 de julio de 1980 la señora Matamoros asumió el cargo de auxiliar de vuelo, y dada su condición, no era posible efectuar aportes en materia pensional, debido a que ésta entidad no prestaba los servicios médicos especializados requeridos por los auxiliares de vuelo, y por lo tanto, era imposible dividir la cotización dirigida a esa aseguradora para los riesgos de enfermedad general y muerte e invalidez y vejez, atendiendo además al vacío legal de

aquella época ante estas situaciones. Razón por la que, Avianca S.A. no se encontraba posibilitada para efectuar los aportes pensionales para los auxiliares de vuelo con antelación a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, compensación, pago y genérica (Expediente digital, PDF 05ContestacionDemanda).

3. Integración contradictorio con Colpensiones. A través de proveído del 16 de septiembre de 2021, el juzgado de conocimiento dispuso la vinculación de Colpensiones, como litisconsorte necesario por pasiva (Expediente digital, archivos 08 y 09); quien dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones e indicó que ni se opone ni se allana a las pretensiones de la demanda, en tanto no van dirigidas en contra de la entidad. A su vez, manifiesta que la actora nació el día 20 de noviembre de 1959 y según historia laboral acredita un total de 134.71 semanas, por lo tanto, es el empleador omiso quien tiene a cargo la obligación de realizar los aportes en tiempo de sus trabajadores, conforme lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 3041 de 1966 y a través de cálculo actuarial, en virtud de lo dispuesto en los artículos 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y en concordancia con el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 (Expediente digital, PDF 11ContestacionDemanda).

4. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico PDF, 14ConstanciaNotificacion); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de junio de 2023, en la que el fallador declaró que entre las partes existencia de un contrato a término indefinido, entre el 1 de febrero de 1979 al 29 de junio de 1989, el que terminó por mutuo acuerdo de las partes, en consecuencia, condenó a Avianca S.A. a pagar a favor de la demandante, el cálculo actuarial de los aportes no efectuados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por el tiempo laborado entre el 2 de noviembre de 1980 y el 18 de junio de 1989, teniendo en cuenta para el efecto, *"el ingreso base de cotización mensual indicado en la certificación que aparece agregada a folios 48 a 54"* valor que debe ser puesto a órdenes de Colpensiones y gravó en costas a la demandada en la suma de \$3.500.000.

A su vez, condenó a Colpensiones a expedir el correspondiente cálculo actuarial y a recibir los aportes en mora a entera satisfacción y actualizar la historia laboral de la demandante para la densidad de semanas a que haya lugar en ese régimen pensional

(Expediente electrónico, archivos 26 y 27).

Su decisión se basó en que, no se encontraba en discusión la existencia de la alegada vinculación laboral y que la misma se encontraba acreditada con el contrato de trabajo, certificación laboral y liquidación final de prestaciones allegadas al plenario, por lo que concluyó que esta se había desarrollado entre el 1 de febrero de 1979 y el 29 de junio de 1989.

Respecto a la omisión de pago de aportes de la demandante, sostuvo que en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es irrenunciable, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, le correspondía a Avianca S.A. sufragar las cotizaciones dejadas de cancelar y causadas como consecuencia de la vinculación laboral y las cuales corresponden al 2 de noviembre de 1980 al 29 de junio de 1989, por lo que esta sociedad debía realizar el correspondiente pago del cálculo actuarial, teniendo en cuenta como ingreso base de liquidación, lo devengado por la demandante y que aparecen registrados en la certificación No. 104010100000344

expedido por el Departamento de Compensación y Nómina de la demandada, por lo que le corresponde a Colpensiones expedir el correspondiente cálculo actuarial.

Finalmente, señaló que la excepción de prescripción propuesta por la enjuiciada y Colpensiones, no está llamada a prosperar en la medida que el derecho pretendido por la accionante demandante está cobijado por un principio de imprescriptibilidad.

En atención a las solicitudes efectuadas por los apoderados de las partes, se adicionó la sentencia, en el sentido de indicar que no se declaraba probada la excepción de pago, teniendo en cuenta que en las consideraciones de la sentencia se estableció que los periodos de cotizaciones que no habían sido pagados y que se encontraban a cargo de Avianca correspondían al 1 de noviembre de 1980 al 29 de junio de 1989, pagos que no se encuentran acreditados en el expediente. De otro lado, señaló que excepción de compensación no amerita un análisis profundo por la falta de sustento, teniendo en cuenta que únicamente lo pretendido es que por lo pocos meses realizados a la demandante, se tengan cubiertos todos los periodos omitidos.

De otro lado, negó la solicitud del apoderado del extremo activo, al señalar que los intereses contenidos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, no habían sido solicitados en la demanda.

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

6.1. Demandante Inconforme con la decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que encuentra vacíos en la decisión adoptada, como quiera que dentro de la demanda se expuso el tema relacionado con la indemnización moratoria, conforme lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, frente a este asunto no se hizo referencia alguna.

Por otro lado, señala que se queda corto el valor señalado por concepto de costas, en la medida que el proceso ha tenido una larga duración, por lo que considera que las agencias en derecho no pueden ser fijadas en la suma de \$3.500.000, sino en una suma superior.

6.2. Avianca S.A. Interpuso recurso de apelación indicando que, el juzgador se equivocó al tomar como norma principal el estatuto de seguridad social, pues esta empezó a regir a partir del 1 de abril de 1994, cuando el caso que se discute tiene unos extremos temporales del 29 de junio de 1989, es decir, 5 años antes de la entrada del sistema pensional. Afirma que también erró el juzgador de instancia, al impartir condena a partir de lo dispuesto en el artículo 53 superior, en la medida que los hechos que dan origen a la demanda, surgen con anterioridad a su entrada en vigencia, por lo tanto, la Constitución vigente era la de 1886.

De otro lado, sostuvo que el argumento esbozado por Avianca no ha sido la renunciabilidad de los derechos de la demandante, sino que lo que se dijo es que ante el Juzgado Quinto Laboral del circuito en el año 1989, se concilió una situación jurídica de la cual podrán derivarse a futuro situaciones pensionales, esto es el cumplimiento del plazo de que trata el artículo 260 del CST y las normas que regulan la pensión restringida que podrían llegar a habilitar a la demandante a reclamar la pensión sanción. Por lo tanto, la demandante lo que hizo fue conciliar la terminación de su vínculo de trabajo sabiendo que no iba a constituir el derecho pensional en cabeza de Avianca antes del año 1994, debido a que como empleadora debía asumir la pensión de sus trabajadores.

A su vez, señala que Avianca se encontraría imposibilitada de hacer aportes a pensiones, en la medida que el sistema de salud al que estaba atada la demandada no cubría los riesgos y las necesidades que debía tener como contingencia la señora Matamoros, hecho que imposibilitaba realizar los pagos a pensión, pues era Avianca quien realizaba de manera directa la cobertura en salud, mas no la cobertura en pensiones. Que si bien, Avianca podía o no subrogar el riesgo en el ISS, lo cierto es que esta sociedad no lo hizo, en tanto, era ella quien asumía la obligación pensional, derecho que no se consolidó con las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, debido a que la trabajadora perdió esta calidad a través de un mutuo acuerdo con Avianca.

Finalmente, señaló respecto a la excepción de compensación, sostiene que el acta de conciliación del 23 de julio de 1989 celebrada ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, tenía por finalidad terminar el contrato de trabajo y renunciar a la posibilidad que se causara la pensión sanción, para lo cual le fue ofrecida la suma \$6.399.723,96, que indexada a la fecha equivale a más de 100 millones de pesos, suma no se entrega de forma gratuita ni como agradecimiento, se reconocida en virtud de concesiones mutuas, por lo tanto y en atención a que no se logró el efecto buscado en 1989, por lo tanto, una vez se encuentre que si existe la obligación de efectuar el pago del cálculo actuarial, de su liquidación debe descontarse la suma de dinero ya pagada.

7. Alegatos de conclusión. Colpensiones señala que es la encargada de realizar el cálculo actuarial de acuerdo a lo que el Juez Ordinario Laboral determine en el presente caso; por cuanto son la parte actora y su(s) empleador(es), quienes deben probar su respectiva relación laboral y contractual para así determinar si realmente los periodos que informa la parte actora existen o no y posteriormente deban ser tenidos en cuenta dentro de su historia laboral y así sería procedente realizar el respectivo cálculo actuarial.

Por su parte, la demandante solicita sea modificada la sentencia apelada, para en su lugar se condene al pago de la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST.

Avianca no presentó alegatos de conclusión dentro de la oportunidad procesal respectiva.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por las partes, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en lo que haya sido desfavorable, de conformidad con el artículo 69 *ejusdem*.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar: i) ¿Avianca S.A. debe responder por el cálculo actuarial o título pensional con destino a Colpensiones por el tiempo laborado por la actora entre el 2 de noviembre de 1980 al 29 de junio de 1989? ii) ¿Colpensiones está obligada a recibir el cálculo actuarial o título pensional? iii) ¿Resulta procedente la imposición de los intereses contemplados en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993? y iv) ¿Se encuentra configurada la excepción de compensación propuesta por Avianca S.A.?

3. Relación laboral. No existe controversia en cuanto a que la actora ha prestado sus servicios para la demandada Avianca S.A., desde el 1 de febrero de 1979 al 29 de junio de 1989, tal como lo consideró el a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la documental allegada al plenario,

como el contrato de trabajo, la certificación laboral y la relación de pagos (Expediente electrónico, archivos PDF 02DemandaAnexos, pág. 35 a 41 y PDF 05DemandaAnexos, pág. 15 a 17), en ese orden, la discusión radica en la procedencia o no del cálculo actuarial a cargo del ex empleador hoy demandado.

4. Cálculo actuarial. Sobre este aspecto y con el fin de adentrarse al estudio del recurso de apelación propuesto por la parte demandada, necesariamente se debe partir por recordar que la obligación en el pago de las pensiones de jubilación se encontraba a cargo de los empleadores, toda vez que no se había creado el ISS, lo cual, solo vino a suceder a través de la Ley 90 de 1946, que reguló el seguro obligatorio, además, creó el ISS quien a su turno debía asumir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en los lugares donde se diera inicio a la cobertura y en forma gradual. De ahí que los empleadores estaban abocados a efectuar el aprovisionamiento según el tiempo que el trabajador hubiese laborado a su servicio y entregarlo a la entidad, a efectos de reconocer el derecho pensional.

En esa medida, la carga pensional continuó a cargo de los empleadores en los demás lugares del territorio nacional donde no se encontraba el ISS, que como ya se indicó, esta se hizo de forma gradual, de manera que ante la expedición de la Ley 100 de 1993, la afiliación obligatoria se efectivizó en todo el territorio nacional. En efecto, la citada Ley, en su artículo 33 señaló que respecto a los trabajadores que prestaron servicios a un empleador y que no hubieren sido afiliados al régimen pensional, para efectos del reconocimiento de la prestación de vejez, se tendría en cuenta dicho tiempo de servicio y que aquel empleador debería asumir el título pensional correspondiente, conforme a las disposiciones contempladas en la misma normatividad y en sus decretos reglamentarios.

Por lo anterior, existe obligación por parte de los empleadores de realizar el cálculo actuarial ante la falta de afiliación obligatoria de su trabajador bien sea por la falta de cobertura del ISS, o por negligencia, asumiendo en caso dado el valor del título pensional correspondiente, posición que ha sido sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples de sus sentencias. Precisamente en sentencia SL5535-2018 se sostuvo:

"En efecto, desde hace más de dos décadas (CSJ SL, 8453 de 1996) y desde entonces hasta el 2014, la Corte fluctuó entre dos criterios; uno, según el cual el empleador no es responsable de la ausencia de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no alcanzó una zona del territorio nacional y, otro, que en oposición, considera que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, a través del pago del valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas.

Sin embargo, en el 2014, la Corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador, en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.

Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL9856-2014, luego reiterada en sentencia CSJ SL10122-2017, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de

manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y (iii) que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».

En ese contexto, resulta evidente para la Sala que el ad quem no se equivocó al condenar al empleador a «reconocer y constituir TITULO (sic) PENSIONAL» a favor del accionante, correspondiente al periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 1972 y el 2 de enero de 1984, pues como quedó visto en precedencia, ello condujo a la protección integral que se debe al trabajador.

Y es que no es de recibo el argumento según el cual la vigencia del contrato de trabajo al momento de comenzar a regir la ley de seguridad social, es condición necesaria para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, pues desde las sentencias CSJ SL 42398, 20 mar. 2013 y CSJ SL646-2013, reiteradas en SL2138-2016, la Corte ya ha justificado la necesidad de inaplicar ese condicionamiento por ser contrario a los postulados de la seguridad social. En la última sentencia se expresó:

[...] Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Cabe decir también que la Corte Constitucional, haciendo eco, entre otras, de la jurisprudencia de esta Sala, ha sostenido que «...el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo "siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993" contenida en el literal "c" parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador.» Sentencia T 410 de 2014 (...)."

En ese orden de ideas, como lo que aconteció dentro del presente juicio fue una **falta de afiliación** por parte del empleador por lo menos por el lapso que va desde el 2 de noviembre de 1980 hasta el 29 de junio de 1989, lo procedente es la aplicación de lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1887 de 1994, esto es, la asunción del cálculo actuarial, cuyo sustento deviene de lo dispuesto en el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En este punto, se precisa que si bien el empleador afilió a la actora el 1 de febrero de 1979 al 1 de noviembre de 1980 (Expediente electrónico, archivos PDF 02DemandaAnexos, pág. 44 a 45 y Carpeta12ExpedienteAdministrativoColpensiones, PDF GRF-HLA-AF-2018_5761236-20180522104709), procedió a registrar la novedad de retiro, a pesar de que la relación laboral se extendió hasta el 29 de junio de 1989, sin que se evidencie o demuestre por la demandada los aportes correspondientes al periodo del 02 de noviembre de 1980 al 29 de junio de 1989, conforme se ilustra a continuación:

RELACIÓN NOVEDADES REGISTRADAS														
Número Aportante: 01007102243 P		11 AEROVIA NALES DE COL S A												
Afiliación:	Novedad	Fecha	Día	Salario	T.A.	Seguros	Nnc	Aud	E	Inc	Dec	Fte	Anti	Ac027
011672360	Ingreso	1979/02/01	28	\$ 5.790	1	P.S.R		11				95		
011672360	Cambio de Salario	1979/07/01	28	\$ 7.470	1	P.S.R		11				95		
011672360	Cambio de Salario	1979/10/01	28	\$ 11.850	1	P.S.R		11				95		
011672360	Cambio de Salario	1980/01/01	35	\$ 9.480	1	P.S.R		11				95		
011672360	Retiro	1980/11/01	0	\$ 9.480	1	P.S.R		11				95		

De esta suerte y con acopió de la sentencia que se trajo de forma extensiva a esta cuestión, contrario a lo expuesto por Avianca S.A., la intelección de la Juez de primer grado fue acertada, en tanto que es evidente que en los casos en que el empleador no afilie a sus trabajadores al subsistema de seguridad social en pensiones, debe asumir el pago del título pensional correspondiente a esos periodos. Es por lo que, con fundamento en el aquel criterio, para la Sala es claro que, del periodo no cotizado y laborado por la demandante a favor de esta sociedad, es decir, del 2 de noviembre de 1980 al 29 de junio de 1989, se deriva la obligación de esta última, en afiliar y pagar el título o bono pensional en la administradora de fondo pensional de su elección, conforme así lo dispone los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993.

En este punto, referente a la crítica que expone el extremo pasivo en torno a la aplicación de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, generadas con anterioridad a su vigencia, la Sala precisa que, si bien dicha normatividad es posterior al tiempo que se aludió, lo cierto es que la citada preceptiva y criterio se debe aplicar, pues por una parte, las normas llamadas a definir los efectos de la falta de afiliación, *"son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados"* (SL14388-2015); y por otra, la obligación de afiliación es permanente e incondicional, encontrando su sustento en la prestación del servicio por parte del trabajador, tal como se indicó en sentencia SL1169-2018.

Máxime cuando también se ha dicho por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, precisamente sobre el argumento que trae a colación la censura que *"pese a que la citada normativa no se encontraba vigente cuando se produjo el incumplimiento del empleador en su afiliación, la misma es perfectamente aplicable a casos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, como sucede en este caso, tal cual se desprende de su tenor literal; es decir, que el querer del legislador fue el de solucionar aquellos eventos en los cuales, antes de entrar a regir el Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994, en este caso), los empleadores no hubieran cumplido con la afiliación obligatoria al ISS., máxime que el concepto de cálculo actuarial no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico."* (SL646-2013)

Ahora, tampoco son de recibo las alegaciones presentadas por la parte demandada, en lo referente a que se encontraba en la imposibilidad de realizar aportes en pensión, por brindarle a la demandante de manera directa, la cobertura en salud, en la medida que esta circunstancia no resultaba incompatible con la obligación de realizar el pago de aportes al sistema en pensión y nada impedía que esta obligación fuera satisfecha por el empleador, máxime cuando no existe sustento legal alguno para que esta sociedad se sustrajera de las cotizaciones que echa de menos la parte actora, pues en virtud de los principios orientadores del sistema integral de seguridad social en pensiones, como el de universalidad, solidaridad y sostenibilidad financiera, no puede dejarse de aplicar la consecuencia jurídica de la omisión del empleador en su obligación de efectuar la afiliación y hacer las cotizaciones, más aun, cuando los aportes en el régimen de prima media con prestación definida constituyen un fondo común de naturaleza pública conforme lo prevé el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, es decir, que tales aportes dejados de realizar por el empleador, teniendo la obligación de hacerlos, no solo financian la prestación que eventualmente llegare a disfrutar la parte actora, sino las demás pensiones que se otorgan en el régimen de prima media, tal como se logra desprender del literal C, del artículo 2 de la ley 100 de 1993, esto es, el principio de solidaridad.

Por lo anterior, es evidente que le corresponde a la sociedad convocada a juicio reconocer y pagar el cálculo actuarial a favor de la entidad de seguridad social donde se encuentre afiliada la actora, esto es Colpensiones, quien a su vez debe validar el periodo laborado como tiempo cotizado y proceder al reconocimiento de las prestaciones económicas a su

cargo, sin importar si el tiempo laborado le permitía o no obtener la pensión de vejez a la accionante, debe necesariamente el empleador responder y trasladar el cálculo actuarial a favor de la citada entidad públicas, lo anterior, en aplicación de lo dispuesto al precedente jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias de radicado No 42398 del 20 de marzo de 2013.

Ahora, tampoco es posible darle el alcance deseado por la enjuiciada al acta de conciliación de fecha 23 de julio de 1989, suscrita ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en la medida que conforme lo dispuesto en el artículo 15 del Código Sustantivo de Trabajo, en la que se contempla "es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles", así las cosas, debe entenderse por derechos ciertos e indiscutibles aquellos para los cuales no es necesaria una decisión judicial, pues su existencia no produce duda ni controversia alguna para su reconocimiento, por ello, la posibilidad de transigir y/o conciliar debe versar sobre derechos inciertos y discutibles, entendidos estos como meras expectativas o esperanza en su reconocimiento. Siendo ello así, es totalmente diáfano que el derecho cuestionado en el presente litigio surge con ocasión de la existencia de un contrato de trabajo, sobre el cual no se cuestionó su existencia, aunado lo anterior, el cálculo actuarial ordenado contribuye a la financiación y construcción de un derecho pensional, el que sin duda puede ser objeto de desconocimiento, renuncia o conciliación, en la medida que reviste de la calidad de cierto e indiscutible, tal y como acertadamente lo concluyó el juzgador de origen.

Expuesto lo anterior, se impone confirmar la sentencia recurrida, en cuanto a este aspecto.

5. Excepción de compensación. Conforme se observa de la contestación del libelo demandatorio, fue propuesto como medio exceptivo el denominado compensación, sin embargo, se debe advertir que los argumentos sobre los cuales cimienta esta excepción, son totalmente disimiles a los expuesto ante esta colegiatura, en la medida que, tal y como atinadamente lo reseñó el juzgador de instancia, en una primera oportunidad se indicó que las eventuales condenas debían ser compensadas con los aportes pensionales efectuados a favor de la demandante cuando ella desempeñó el cargo de auxiliar de vuelo, mientras que en esta oportunidad señala que el cálculo actuarial debe ser compensada con las sumas de dinero reconocidas en virtud de la conciliación adelantada ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de julio de 1989, es decir que se trata de una tesis novedosa, que solo fue puesta expuesta en el desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 80 del CPT y SS, por esta razón y dado a que sobre estas elucubraciones la convocante a la litis no tuvo la oportunidad de efectuar pronunciamiento al respecto, no podría esta colegiatura estudiar el medio de defensa bajo dichas circunstancias fácticas, en la medida que se quebrantan derechos constitucionales, tales como debido proceso y derecho de defensa.

Ahora, la excepción propuesta no puede ser declarada probada, en la forma como primigeniamente fue estructurada, como quiera que en los términos del artículo 1714 del Código Civil, para la configuración de este medio de extinción de las obligaciones, se requiere que exista un derecho de crédito a favor de su antiguo empleador, hecho que no puede ser acreditado en el presente juicio, como quiera no ha sido demostrado que Avianca S.A. haya realizado cotizaciones en exceso a favor su ex trabajadora y que permitan ser compensados con los derechos aquí reconocidos a su favor, por el contrario, lo que se acreditó fue la omisión en el pago de las cotizaciones en pensión de la señora Matamoros.

Conforme con lo expuesto, se deberá confirmar la sentencia objeto de apelación, en lo que a este aspecto en particular se requiere.

6. Sanción moratoria y principio de congruencia. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que el ataque contra la sentencia de primer grado propuesto por la apelante se encuentra orientado a que debía el juez de primer grado pronunciarse sobre la sanción moratoria contenida en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993. Ahora, el juzgador de primer grado destacó que este pedimento no había sido planteado en el líbello inaugural, lo que impedía entrar en su estudio.

En tal sentido, debe precisar este colegiado que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que *"se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."* (SL440-2021).

En ese orden, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera *"exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive"*, mientras que la segunda hace referencia a que *"toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, **sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia**"* (CSJ SL2808-2018). Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"*

Así las cosas, como se dijo con antelación, el propósito fundamental de la apelación de la parte actora se centra en que se imponga condena en contra de la sociedad convocada por concepto de la sanción moratorios contenida en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, aspecto que no puede ser definido en este asunto, como quiera que la pretensión que ahora se persigue no se encuentra comprendida en el escrito primigenio y, por ende, tampoco fue discutida en las etapas del proceso, pues la génesis de la controversia consistió en la declaración de una relación laboral y la omisión en el pago de las cotizaciones en pensiones durante el interregno del 2 de noviembre de 1980 al 29 de junio de 1989 y por ende el reconocimiento y pago del correspondiente pago del cálculo actuarial, sin que el petitum de la demanda vaya dirigido a obtener el pago de la mentada sanción.

De igual modo, el apoderado judicial del extremo actor contó con las oportunidades legales que prevé el CPT y SS, en particular el artículo 28, que establece la reforma a la demanda, para incluir este pedimento, sin embargo, como no se hizo, mal podría ahora a través del recurso de alzada pedir que se haga el estudio de una pretensión que no fue enarbolada en la demanda ni incluida en las oportunidades legales.

De otra parte, al revisar la fijación del litigio de que trata la audiencia del artículo 77 del estatuto procesal laboral, da cuenta la Sala que este giró en torno a "*establecer si la demandante le asiste el derecho al pago de aporte o cotizaciones a pensión en el régimen de prima media con prestación definida hoy a cargo de Colpensiones para el período comprendido entre el 1º de noviembre de 1980 y el 30 de junio de 1989, a cargo de Avianca S.A.*", sin que se haya hecho referencia alguna al asunto objeto de estudio, lo que conlleva indeclinablemente a negar el recurso interpuesto.

Así las cosas, considera la Sala, al igual que lo hizo la cognoscente de primer grado, que no hay lugar a que la Sala se pronuncie sobre aspectos que las partes no fundaron su disenso; y es que de hacerlo constituirá un quebranto a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política que le asiste a las partes en contienda; por manera que con el fin de garantizar dichas prerrogativas constitucionales, se sigue confirmar la sentencia confutada, en tanto que, no fue objeto de pretensión ni de debate la procedencia de la pregonada sanción moratoria.

Como si lo anterior fuera poco, no podría exigirse del juez de primera instancia que emitiera condena en uso de las facultades ultra y extra petita, dado que tal facultad es "*discrecional, y no obligatorio*", y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado No 32514 del 2010, y en todo caso, solo puede hacerse uso de dicha facultad cuando se han discutido y probado en juicio los hechos que originen la decisión, presupuesto que como se indicó, no se cumple en el presente caso.

7. Costas impuestas en primera instancia y monto de las agencias en derecho.

Sobre el particular, debe recordarse que el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió condena en contra de Avianca S.A., es fácil concluir que acertó el *a quo* al imponer costas en primera instancia; ahora, en lo que hace referencia a su monto, hay que, con apego a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del mismo estatuto, las inconformidades u objeciones sobre la estimación de las agencias en derecho, se controvierte mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, por manera que cualquier discusión al respecto debe ser impetrado ante el Juez de primera instancia. En ese hilo conductor es claro que esta Sala no tiene competencia para modificar o no el valor de las agencias que se impusieron en primera instancia, en tanto que no es la oportunidad procesal dispuesta para ello, siendo la correcta en el momento en que se aprueben las costas procesales por el A quo.

8. Costas. Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado.

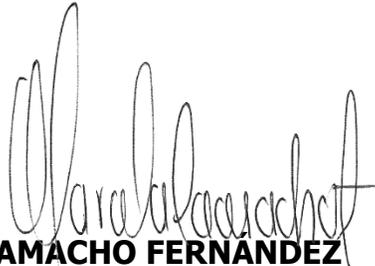
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de junio de 2023, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JOSÉ NEMESIO CASTAÑEDA BARRERA
Demandadas: COLFONDOS S.A.
Radicado No.: 16-2020-00307-01
Tema: BONO PENSIONAL - MODIFICA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. José Nemesio Castañeda Barrera instauró demanda ordinaria contra Colfondos S.A., con el propósito de que sea condenada a reconocer y pagar el bono pensional, junto con sus rendimientos, indexación, intereses moratorios, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que la encartada negó el reconocimiento pensional, ascendiendo el 24 de octubre de 2019 a la devolución de saldos, los cuales si bien sumaban \$494.341.930, sólo fueron devueltos la suma de \$157.955.279. (Expediente electrónico, PDF 10DemandaPoderJoseNemesioCastañeda)

2. Contestación de la demanda

2.1. Colfondos S.A. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, aduciendo que no está en la obligación de realizar el pago de dineros que no reposan en la cuenta de ahorro individual del afiliado, más aún cuando no pudo lograr la liquidación del bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo que debió aprobar la devolución de saldos por un valor de \$157.955.279

Frente a los hechos esbozados en la demanda aceptó los enlistados en los numerales 3° y 4° y respecto los demás señaló no ser ciertos. En su defensa formuló la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario y como de mérito las que denominó buena fe, falta de causa y título para pedir pago del bono pensional, inexistencia de la obligación, obligación en cabeza de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, prescripción, hecho exclusivo de un tercero y genérica.

(Expediente electrónico, PDF 23ContestaciónColfondos)

2.2. La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Mediante auto adiado 10 de diciembre de 2021, se ordenó su vinculación como litisconsorte necesario y en tal carácter presentó escrito de intervención con oposición a las pretensiones de la demanda considerando que no funge como administradora de fondos de pensiones en los términos de la normatividad aplicable y en ese sentido no puede legalmente efectuar la operación

solicitada. Atinente a los supuestos fácticos no le constó ninguno de ellos y propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y falta de responsabilidad, imposibilidad de recibir dos asignaciones con recursos del estado, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 35ContestaciónMinHacienda)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de junio de 2023, en la que el fallador condenó a La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a emitir, liquidar y pagar el valor del bono pensional tipo A debidamente actualizado a la fecha de su correspondiente pago, con los rendimientos e intereses que conciernen, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10º del Decreto 1299 de 1994 y a favor del demandante. Cumplido lo anterior, ordenó girar el valor correspondiente a Colfondos S.A., para que este culmine el proceso de devolución de saldos en favor del promotor del litigio, a la cuenta indicada por el mismo en el trámite de devolución de saldos que efectuó el 10 de junio de 2019, para lo cual deberá tener en cuenta el número de semanas de cotización y los valores de salarios correspondientes a fin de emitir el valor del bono pensional. Por último, gravó en costas a la demandada y vinculada.

Para arribar a tal determinación tuvo en cuenta que La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cambió la posición jurídica respecto de la expedición de bonos pensionales cuando se trata de afiliados al régimen de ahorro individual que en su momento prestaron servicios al Estado en la modalidad de docentes y se pensionaron por el Magisterio, señalando que si se debe generar el mismo. Así, indicó que a pesar de ello debía proponerse verificar si es procedente la devolución del bono pensional a favor del actor, a fin de resolver la litis.

Con tal fin, tuvo como hechos indiscutidos que entre las partes ya fueron contendientes en proceso judicial anterior y que se adelantó en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué, en el que se condenó a la aquí demandada a la devolución de saldos a favor del actor, pese a su calidad de pensionado del Magisterio; determinación que fue revocada por el Tribunal de esa ciudad, considerando que posiblemente el actor podía acceder a una pensión de vejez dado el dinero acumulado en la cuenta de ahorro individual; sin embargo, no la ordenó en el fallo.

Dijo que dada esa situación el actor inició trámite de solicitud de pensión, petición frente a la cual Colfondos S.A. la negó y en su lugar concedió la devolución de saldos, sin tener en cuenta el bono pensional. Tras verificar el acervo probatorio indicó que el Ministerio vinculado liquida el bono pensional, teniendo para tal efecto tiempos cotizados al ISS por empleadores privados, valor que no se incluyó en la devolución de saldos al actor, lo que confirma la demandada. Estimó que aquel bono pensional tipo A debe ser emitido, liquidado y pagado a favor del actor, por las cotizaciones que efectuaron los empleadores privados al ISS, antes de efectuarse el traslado al régimen de ahorro individual, por lo que debía así ordenarlo debidamente indexado, mismo que deberá transferirse a Colfondos S.A., para que este lo devuelva al promotor de la causa.

Aclaró que de cara a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la pensión de jubilación oficial entregada por el Magisterio es compatible con cualquier prestación económica del régimen general de seguridad social en pensiones que se cause por los servicios que haya prestado a empleadores privados, como ocurre en el caso de marras, lo que ratificaba la decisiva, según la cual, debía ordenarse la entrega del bono pensional a favor del gestor de la litis.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión **Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías** formuló recurso de apelación esgrimiendo que ya operó la devolución de saldos conforme a lo indicado en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993,

momento en el que no le fue posible la consolidación, negociación, liquidación y pago del bono pensional a favor del actor. Sostuvo que la Oficina de Bonos Pensionales negó su traslado, entidad que era la obligada a su emisión, conforme lo indica el artículo 50 del Decreto 1748 de 1995, luego Colfondos S.A., no es la entidad encargada de determinar si tiene o no derecho al bono pensional solicitado, pues una simple intermediaria.

Refirió que no puede hacer la devolución del bono pensional, pues el demandante requiere del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, lo cual se desconoce, ya que el bono pensional varía, según en el momento en que se redima y posiblemente financiar la pensión de vejez. Advirtió que el A quo se equivocó al ordenar la entrega del bono pensional, en tanto no puede saltar el orden legal que trae la devolución de saldos.

5. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que, aunque entregó al actor los saldos obrantes en su cuenta de ahorro individual, no se ha entregado el bono pensional a favor del demandante debido a la negativa de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Refirió que en el presente proceso no se ha logrado verificar si se cumple con el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, dado que el valor de bono pensional es incierto y solo es conocido hasta el momento en que se consolida, liquida y paga el mismo, de allí que no se puede hacer su devolución.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colfondos S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Se debe condenar a La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la emisión, expedición y pago de un bono pensional por las cotizaciones realizadas por el actor al ISS, entre el periodo del 5 de febrero de 1980 al 15 de septiembre de 1994? En consecuencia, (ii) ¿Colfondos S.A., debe recibir el bono pensional, depositarlo en la cuenta de ahorro individual del gestor del proceso y posteriormente hacer su devolución a favor de él?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que el demandante estuvo afiliado al otrora ISS, hoy Colpensiones, desde 29 de octubre de 1973, realizando aportes en calidad de trabajador del sector privado hasta el 15 de septiembre de 1994, logrando cotizar un total de 185 semanas; quien se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con fecha de efectividad en el mes de abril de 1995, cotizando un total de 966 semanas.

De igual manera, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a que en virtud de lo decidido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, que en audiencia del 5 de febrero de 2019, revocó la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esa misma ciudad, para en su lugar absolver a Colfondos S.A., de las pretensiones de la demanda, mismas que iban dirigidas al reconocimiento y pago de la devolución de saldos, considerando que pese a que dicha prestación económica es compatible con la pensión de jubilación oficial

que le otorgó el Fondo Nacional del Magisterio, no podría ordenar la devolución de saldos, ya que podría ser acreedor de la pensión de vejez que consagra el sistema general de seguridad social en pensiones; el actor solicitó el 10 de junio de 2019 dicha pensión, petición que le fue negada y en su lugar le fue devuelto los saldos existentes en su cuenta de ahorro individual por valor de \$157.955.279, oportunidad en la que se le dijo que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no permitió la liquidación del bono pensional, pero que en caso de ser liquidado y pagado se le haría la respectiva devolución como saldo positivo.

4. Bono pensional Tipo A. El fallador de primer grado, luego de tener por cierto que desde el 5 de febrero de 1980 al 15 de septiembre de 1994 el actor realizó cotizaciones al ISS como trabajador del sector privado, adujo que de conformidad con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público debía reconocer el bono pensional tipo A reclamado y enviarlo a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, para que esté a su vez procediera con su devolución a favor del demandante.

En ese contexto, cumple recordar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir en la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema. Conforme a ello, esa misma disposición reguló las condiciones que deben cumplirse para su reconocimiento por traslado al régimen de ahorro individual, mismos que se transcribieron en el Decreto Ley 1299 de 1994, artículo 2°, señalando que los afiliados al sistema al Sistema General de Pensiones deberán acreditar no solo que al momento del traslado hubiesen cotizado por lo menos 150 semanas continuas o discontinuas, sino, además, alguno de los siguientes requisitos:

"a). Que estén cotizando o hubieren efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las Cajas o Fondos del sector público;

b). Que estén prestando servicios o hubieren prestado servicios al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos del orden nacional, departamental, municipal o distrital, con vinculación contractual o legal y reglamentaria;

c). Que estén prestando servicios mediante contrato de trabajo con empleadores del sector privado que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, siempre que la vinculación laboral se encontrare vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 se hubiere iniciado con posterioridad a la misma fecha;

d). Que estén afiliados o hubieren estado afiliados a cajas de previsión del sector privado que tuvieren a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones legales."

Con base en lo anterior, es claro que el juez de primer grado no erró en la valoración probatoria de las pruebas incorporadas al plenario, al concluir que el actor tiene derecho a que le sea reconocido el bono pensional Tipo A, por virtud de que cumplió con el requisito señalado en el literal "a", al haber realizado al momento del traslado al régimen de ahorro individual cotizaciones al ISS, durante el periodo de 5 de febrero de 1980 al 15 de septiembre de 1994, dada la vinculación que sostuvo con empleadores del sector privado y que suman un total de 185 semanas cotizadas al régimen de prima media con prestación definida, conforme se dejó establecido en acápite anterior, de allí que se siga confirmar en este punto la sentencia de primer grado.

Cabe precisar en este punto que no es posible por esta Corporación analizar si dicho bono pensional es compatible o no con la pensión de jubilación oficial que percibe el actor por el Magisterio, toda vez que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué ya se pronunció en tal sentido, considerando que cualquier prestación económica

emanada del sistema general de seguridad social en pensiones es compatible con cualquier otra prestación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo que se entiende incluido el bono pensional que se determina tiene derecho el promotor de la litis, pues de conformidad con los artículos 66, 113, 118 119 y 121 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 1° del Decreto 1299 de 1994, la devolución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, de quienes no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, incluye los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, y por tanto, el bono haría parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual.

Así las cosas, si el asunto medular de la sentencia lo constituyó la determinación según la cual es compatible la pensión de jubilación oficial que percibe el actor y cualquier prestación económica emanada del sistema general de seguridad social en pensiones, aspecto que fue definido en los términos y condiciones que encontraron el citado Tribunal, impide cualquier pronunciamiento por esta Sala al respecto, "*precisamente por los atributos de inmutabilidad e intangibilidad que, en el marco de la seguridad jurídica, tienen las sentencias judiciales, en razón a los efectos de la cosa juzgada.*" (SL3318-2022).

Ahora bien, cumple resaltar que la Ley 100 de 1993 consagra en el régimen de prima media con prestación definida la figura de la indemnización sustitutiva y en el régimen de ahorro individual con Solidaridad la figura de la devolución de saldos. Ambas instituciones tienen en común la finalidad de permitir a las personas que luego de haber llegado a la edad para pensionarse y no hayan alcanzado a cotizar el número de semanas necesarias o no hayan reunido el capital necesario para adquirir el status de pensionado, obtener la devolución de las sumas que representan sus cotizaciones.

En el caso de autos, al actor le fue aprobado la devolución de saldos el día 24 de octubre de 2019; allí se dejó establecido que:

Beneficiario principal y sustitutos							
Número de ID.	Nombre y Apellidos	F. de Nacimiento	Género	% de Distribución	Extinción del Derecho	Parentesco	Estado Beneficiario
3561942	JOSE NEMESIO CASTANEDA BARRERA	19/03/1946	Masculino	100%		Principal	Activo
Fecha de Adquisición del derecho: 19 de marzo de 2008							
Información General							
Edad del afiliado	73		Saldo Cuenta de Ahorro Individual			\$ 157.955.279	
% de Pérdida de Capacidad Laboral			Valor del Bono Pensional			\$ 0	
Estado del Bono Pensional	NO BONO		Valor Devolución de Saldos			\$ 157.955.279	
Total semanas cotizadas	966						
Total Semanas Cobertura							

Bajo este horizonte, importa relievár que en línea de principio, como quiera que para el 24 de octubre de 2019, el capital acumulado era de \$157.955.279 que no le permitió financiar una pensión de vejez, ni tampoco a la garantía de pensión mínima del que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es recurrir a la devolución de saldos, tal y como se hizo; no obstante, el presente proceso contiene una particularidad que hace imperioso preguntarse sí, ¿es procedente la devolución de saldos a pesar de que la AFP esgrima que el actor puede acceder a la pensión de vejez si se tiene en cuenta la redención del bono pensional debidamente actualizado y que se ordena en este proceso?

Para resolver este último cuestionamiento, se debe tener presente que la jurisprudencia ha sido categórica en manifestar que la devolución de saldos es supletoria o subsidiaria a la pensión de vejez (SL1142-2021), y en ese orden, la Sala no puede pasar por alto que el actor puede acceder a la pensión de vejez, con lo cual, evidentemente se garantiza el derecho mínimo e irrenunciable a la pensión.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1142-2021, después de hacer el recuento sobre la figura de la devolución de saldos en el RAIS, y su relación con la redención del bono pensional, indicó que debe tenerse certeza de que a esa fecha no logre acumular el capital necesario para financiar la pensión de vejez, "*pues, de comprobarse lo contrario, debe privilegiarse el otorgamiento de la prestación principal periódica -pensión de vejez- sobre la secundaria o subsidiaria -devolución de saldos*".

En ese orden, la citada providencia al respecto adoctrinó:

"no puede desconocerse que el sistema general de pensiones tiene por objetivo amparar las contingencias de invalidez, vejez y muerte a través de prestaciones periódicas y vitalicias y que la devolución de saldos es una prestación subsidiaria o sucedánea a las pensiones. Así, respecto al amparo integral que brindan estas últimas, otros beneficios económicos que, si bien pretenden mitigar las carencias que genera la ocurrencia de tales riesgos, siempre deben considerarse supletorios, subsidiarios o alternativos.

Sin duda alguna, las pensiones son la máxima expresión de la protección de la seguridad social, en tanto su carácter periódico y vitalicio aseguran a las personas afiliadas y beneficiarias una calidad de vida digna y los medios mínimos que permitan sobrellevar las dificultades que pueden acarrear tales contingencias existenciales, lo cual desarrolla el objetivo primordial del sistema -artículo 1.º de la Ley 100 de 1993.

(...)

Lo anterior es relevante pues los recursos que un afiliado tiene en una cuenta de ahorro en el régimen de ahorro individual con solidaridad están diseñados idealmente para que aquel enfrente las contingencias de la seguridad social como la vejez, de modo que es necesario que la decisión que permita el acceso a la devolución de saldos determine detalladamente la imposibilidad definitiva de acceder a una pensión de vejez, que como se explicó, es lo que de forma prevalente busca garantizar el sistema.

(..)

*Asimismo, la Corte Constitucional ha considerado que la devolución de saldos solo **es factible cuando de forma definitiva se descarte la posibilidad de acceder al derecho a la pensión de vejez**. Precisamente, en la sentencia T-445A-2015" (Negrilla fuera del texto)*

Así mismo, en sentencia SL4207-2019, respecto a la devolución de saldos y la pensión de vejez, la Corte estimó:

"Así las cosas, la ley ni la Constitución Política de 1991, le otorgan al afiliado la posibilidad de renunciar a la pensión de vejez para con ello preferir la devolución de saldos, así esta opción, en apariencia, y mirada desde una perspectiva a corto plazo parezca más favorable, pues en materia de la seguridad social, no puede perderse de vista que la pensión cualquiera sea ella, en este caso la de vejez, es un derecho mínimo e irrenunciable que encuentra apoyo, entre otros, en los artículos 13 y 14 del CST y 53 de la CN, derecho que debe primar, sobre otras opciones, en este asunto, la devolución de saldos, y así debe ser garantizado y asegurado por las entidades que administran el sistema, para el caso en el RAIS".

No es cualquier manifestación de la AFP la que se tenga como tal o que supla ese estudio, sino que el mismo debe aparecer plenamente demostrado en el plenario, cuyos cálculos han de brindar la certeza de que el afiliado accionante sí cuenta con el capital suficiente para obtener la pensión de vejez, que se traduce en que la persona tenga verdaderamente el derecho al reconocimiento de esa prestación de forma definitiva en el RAIS. De lo contrario, (...), no aplicaría la prelación de la pensión a que se ha hecho mención en relación con la solicitud libre y voluntaria del afiliado de que se le devuelvan los saldos de la cuenta individual junto con los rendimientos y el valor de dicho bono pensional, precisamente por no ser bajo estas circunstancias una posibilidad real la prestación por vejez.

Lo anterior significa, que para poder definir la procedencia o no de la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el juzgador además de observar la regulación legal sobre el tema, debe estudiar la situación particular de cada afiliado”.

Colofón de lo dicho, en el sub examine no se discute que el demandante a la edad de 73 años (19 de marzo de 2019) no contaba con el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual para garantizar una pensión de vejez; no obstante, la AFP en su alzada afirma que puede acceder a dicha prestación económica, que solo puede determinar una vez sea liquidado, actualizado y redimido el bono pensional por parte de La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, aspecto que la Sala no puede pasar desapercibido, pues al no descartarse en forma definitiva la posibilidad de acceder al derecho pensional, mal haría la Sala en confirmar la devolución del bono pensional, a sabiendas que con éste puede garantizarse la pensión de vejez como prestación principal y vitalicia.

De esta manera se considera que en este caso particular, de confirmarse su devolución, podría llegarse a afectar el derecho mínimo e irrenunciable a la pensión de vejez que le asistiría al actor, sin que haya lugar a entenderse que con esta decisión se está restringiendo la libertad de elección de aquel, a quien le puede parecer que a corto plazo es más favorable la entrega del bono pensional frente al reconocimiento pensional, pues siguiendo los derroteros jurisprudenciales atrás anotados, debe privilegiarse el otorgamiento de la prestación sobre la devolución de saldos, último evento que solo puede surgir una vez se descarte que en definitiva el afiliado no puede tener acceso a la pensión, situación que no ocurre en la presente litis.

Dijo la Corte al respecto:

”y en tales condiciones de llegarse a consolidar efectivamente ese derecho haría improcedente la devolución de saldos que, como ya se dijo, es una garantía suplementaria o sustitutiva de la prestación por vejez que debe prevalecer, que además de ser definitiva, vitalicia y periódica, es un derecho mínimo e irrenunciable, lo cual en modo alguno constituye una restricción a la libertad de elección del accionante, pues de por medio hay normas de orden público y derechos mínimos que no pueden ser renunciados por el trabajador, pero ello será así, se insiste, siempre y cuando exista la posibilidad real de reconocerse dicha pensión, pues de no cumplirse tal situación, contrario sensu, habría que acceder a la devolución de saldos reclamada”.

Ello así, al contrario de lo estimado por el a quo, no se descarta el acceso a la pensión de vejez a partir de la edad de 73 años, fecha para la cual pidió la prestación económica al fondo de pensiones accionado, por lo que ha de preferirse y privilegiarse el acceso a la misma, como derecho mínimo e irrenunciable y en ese orden, esta Colegiatura modificará el numeral segundo de la decisión confutada, para en su lugar, condenar a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, que una vez reciba los valores del bono pensional que será girado por La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, determine si el actor puede entrar a disfrutar de la pensión de vejez prevista en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, a partir del 10 de junio de 2019, fecha en que solicitó la prestación económica, para lo cual deberá brindar un acompañamiento integral al asegurado (SL1666-2021). En caso de que se establezca que no se configuran las condiciones necesarias para el disfrute pensional, deberá efectuar la devolución del bono pensional a favor del señor José Nemesio Castañeda Barrera, en los términos del artículo 66 de la Ley 100 de 1993.

Esta determinación no contraría la posibilidad que mantiene Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías que, en caso de que el actor tenga derecho al reconocimiento pensional, proceda su compensación o restitución de los valores que entregó como consecuencia de la devolución de saldos, pues estos recursos son el soporte financiero de la prestación pensional (SL3186 de 2015).

5. Costas. Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2º de la sentencia proferida el 14 de junio de 2023, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **CONDENAR a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, que una vez reciba los valores del bono pensional que será girado por La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, determine si el actor puede entrar a disfrutar de la pensión de vejez prevista en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, a partir del 10 de junio de 2019, fecha en que solicitó la prestación económica, para lo cual deberá brindar un acompañamiento integral al asegurado. En caso de que se establezca que no se configuran las condiciones necesarias para el disfrute pensional, se **ORDENA a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, efectuar la devolución del bono pensional a favor del señor **JOSÉ NEMESIO CASTAÑEDA BARRERA**, en los términos del artículo 66 de la Ley 100 de 1993.

Si se determina que el actor tiene derecho al reconocimiento pensional, deberá restituir a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, el valor que recibió a título de devolución de saldos, equivalente a \$157.955.279.

SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado