

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARINA OCHOA DE HOYOS
DEMANDADO	ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.S.
LISTISCONSORTE	COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-008-2019-00254-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- COMPATIBILIDAD PENSIONAL – Pensión extralegal anterior al Decreto 2879 de 1985. - SUMAS PAGADAS EN EXCESO –Improcedencia de reembolso de mesadas pagadas por el empleador. - SUSTITUCIÓN PENSIONAL – cumplimiento exigencias Ley 797 de 2003.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 283

Medellín, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA QUINTA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta No. 063 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a surtir el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de la señora **MARINA OCHOA DE HOYOS**, y el recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.S.**, respecto de la Sentencia No. 179 del 27 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín.

Atendiendo al poder allegado al expediente, se reconoce personería a la abogada YESSICA FRANCEDY ZAPATA RAMÍREZ, identificada con T.P. No. 260.650 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

La señora **MARINA OCHOA DE HOYOS** presentó demanda en contra de **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** con el fin de que: **1)** Se ordene a la demandada a reconocer y pagarle la sustitución de la pensión de jubilación que en vida la citada sociedad le pagaba a su cónyuge, señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTROYA, a partir del 20 de agosto de 2017, junto a las respectivas mesadas adicionales e incrementos anuales. **2)** Así mismo, solicitó el pago de intereses moratorios conforme lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993,

o la indexación de las sumas adeudadas por la entidad accionada.

Sustentó sus pretensiones en que, el señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTOYA recibía pensión de jubilación reconocida en su momento por el Banco Comercial Antioqueño hoy **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, reconocida desde el 21 de septiembre de 1983 en cuantía inicial de \$48.281,25. Que contrajo matrimonio con el finado el 20 de abril de 1960, conviviendo de manera ininterrumpida, sin presentarse separación entre estos, hasta el 20 de agosto de 2017, calenda del fallecimiento de aquel.

Que en el año 2013 su cónyuge inició proceso ordinario laboral en contra de **COLPENSIONES**, a fin de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, asunto que en Sentencia del 13 de septiembre de 2013 fue decidido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, accediendo al reconocimiento de la pensión de vejez en favor de aquel, a partir del 17 de abril de 2010, fecha desde la cual, precisó, el pensionado venía recibiendo esa prestación al igual que la de jubilación a cargo de **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

Que ante el fallecimiento del pensionado, la actora reclamó tanto a **COLPENSIONES** como a **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** la sustitución de las pensiones reconocidas por aquellas. En respuesta de tales solicitudes, la primera entidad emitió la Resolución SUB 231060 del 18 de octubre de 2017, concediéndole la sustitución reclamada.

Luego, respecto de la entidad bancaria demandada, manifestó que le ha sido negada la pensión descrita, bajo el argumento de que la jubilación percibida por su cónyuge fallecido, tenía el carácter de compartida con la entidad administradora de pensiones, y que de hecho, a la entidad le se le estaban adeudando \$216'051.866 percibidos por el fallecido por concepto de jubilación; desconociendo la accionada que la citaba pensión de jubilación fue otorgada el 21 de septiembre de 1983, momento para el cual no existía la compartibilidad aducida, que surgió con el Decreto 2879 de 1985 (f. 6 a 10 Archivo 01 ED).

POSICIÓN DE LA ACCIONADA Y VINCULADA

La demandada **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, para lo cual argumentó que la pensión de jubilación reconocida en vida al señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTOYA tenía el carácter de compartida. En consecuencia, formuló como excepciones de mérito: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; PRESCRIPCIÓN y COMPENSACIÓN (...)*” (f. 105 a 125 Archivo 01 ED).

Mediante Auto del 10 de marzo de 2020 el Juzgado de primera instancia dispuso la vinculación de **COLPENSIONES** al trámite, en condición de litisconsorte necesario (f. 156 a 157 Archivo 01 ED).

La vinculada **COLPENSIONES**, luego de exponer su resistencia a lo pedido en la demanda, propuso como excepciones las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER SUSTITUCIÓN PENSIONAL; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER INTERESES DE MORA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE RECONOCER LA INDEXACION; PRESCRIPCIÓN; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; COMPENSACIÓN y DESCUENTOS EN SALUD (...)*” (f. 1 a 7 Archivo 07 ED).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La accionada **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** presentó **DEMANDA DE RECONVENCIÓN** en contra de la señora **MARINA OCHOA DE HOYOS**, con el fin de que: **1)** Se declare que **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** canceló al señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTOYA la pensión de jubilación convencional de carácter compartida desde el 21 de septiembre de 1983 hasta el 31 de agosto de 2017. **2)** Declarar que el señor Hoyos Montoya,

de manera fraudulenta y de mala fe, recibió doble pago de las mesadas pensionales por parte de la entidad, entre el 17 de abril de 2010 hasta el 31 de agosto de 2017, en razón al carácter compartido de la pensión de jubilación. **3)** Que, en consecuencia, se ordene a la señora **MARINA OCHOA DE HOYOS**, devolver a **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, debidamente indexada, la suma de \$216.051.866, por concepto de mesadas pensionales canceladas en vida a su esposo, entre el 17 de abril de 2010 y el 31 de agosto de 2017. **4)** Así mismo, petitionó el pago de intereses de mora sobre las sumas adeudadas.

Como fundamento a sus pretensiones narró que, reconoció al señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTOYA la **pensión de jubilación** transitoria con el carácter de compartida, a partir del **21 de septiembre de 1983**.

Continuó reseñando que con posterioridad, **COLPENSIONES** le otorgó al citado la pensión de vejez, mediante **Resolución GNR 250607 de 2013**, a partir del **17 de abril de 2010**, acto que no se le notificó en condición de empleador, por lo que continuó pagando la pensión de jubilación sin estar obligada a ello.

Manifestó que en virtud de lo anterior, el pensionado, de mala fe, percibió de manera simultánea las pensiones de jubilación y vejez desde el 17 de abril de 2010, razón que le lleva a considerar que la demandante, MARIA OCHOA DE HOYOS, adeuda a la demandante en reconvención, ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. las mesadas que le fueron pagadas al finado desde el 17 de abril de 2010 hasta el 31 de agosto de 2017, que ascienden a la suma de \$216.051.866. Esto último insistió, al ser la demandante la reemplazante del fenecido en materia pensional, como quiera que a través de la **Resolución SUB 231060 del 18 de octubre de 2017**, le fue reconocida tal calidad por COLPENSIONES(f. 136 a 142 Archivo 01 ED).

CONTESTACIÓN A DEMANDA DE RECONVENCIÓN

El apoderado judicial de la **DEMANDANTE** se opuso a las pretensiones de la DEMANDA DE RECONVENCIÓN reiterando que la pensión de jubilación y la de vejez pagadas al causante en su momento no eran compartibles (f. 145 a 148 Archivo 01 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 179 del 27 de mayo de 2021, decidió absolver a **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** y a **COLPENSIONES** de las pretensiones incoadas por la señora **MARINA OCHOA DE HOYOS**, y a esta última de lo solicitado en la DEMANDA DE RECONVENCIÓN presentada por **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** Gravó con costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** presentó recurso de apelación en contra de la decisión, manifestando que, desde lo expuesto en los hechos de la demanda, aceptados por la accionada, y lo indicado por la demandante en el interrogatorio, está claro que al fallecido en efecto, le fueron pagadas las sumas de dinero descritas desde la reconvención por concepto de dos (2) asignaciones pensionales.

Que con relación a la autorización dirigida a la entidad bancaria pagadora, para que descontara del retroactivo por vejez lo correspondiente a los dineros en favor del empleador, este último solo tuvo conocimiento de ello una vez la demandante reclamó la sustitución pensional, por lo que, la suma descrita en la Sentencia del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín por retroactivo de 2010 a 2013, le pertenece a esta demandada.

Así mismo expuso que, en lo que respecta al retroactivo causado desde 2013 en adelante,

conforme la aceptación en la contestación a la demanda, al Despacho le era dable reconocer en favor de **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** y a cargo de la señora **MARINA OCHOA DE HOYOS** como sustituta del causante, los valores reclamados, situación que podía constatar a partir de los documentos obrantes en el expediente.

Por haber resultado la sentencia totalmente adversa a las pretensiones planteadas por la señora **MARINA OCHOA DE HOYOS**, el presente asunto se estudiará en el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en su favor, conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó alegatos de conclusión dentro de la oportunidad concedida, reiterando parte de los supuestos fácticos esbozados desde la demanda y las contestaciones, respecto al reconocimiento de la pensión de jubilación y vejez en favor del señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTOYA; así como la posterior sustitución efectuada a la demandante.

Luego, precisó normativamente lo establecido respecto de la compartibilidad pensional, conforme el Decreto 758 de 1990, citando en refuerzo de sus argumentos Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, la Sentencia dictada el 5 de abril de 2011 dentro del Rad. 40303, a efectos de mencionar que la pensión reconocida por **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** al causante, tenía el carácter de compartida con la que más adelante asumió **COLPENSIONES** (Archivo 04 ED Tribunal).

A su turno, la mandataria de **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** reiteró lo argüido respecto de la compartibilidad entre la pensión de jubilación y la de vejez a cargo de **COLPENSIONES** que le fueren reconocidas al causante, señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTOYA; al igual que lo concerniente a la devolución de lo que según aduce, fue pagado en exceso al citado, obligación que imputa a cargo de la beneficiaria de la sustitución pensional, la aquí demandante, conforme a lo expuesto en la contestación a la demanda principal, la demanda de reconvención y la sustentación de la alzada propuesta (Archivo 05 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala gravita en establecer, en primer lugar, si las pensiones de jubilación y vejez reconocidas en vida al señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTOYA, son **compatibles o compartibles**.

De resolverse positivamente en punto a la **compatibilidad**, habrá de determinarse la procedencia de ordenar a **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** que sustituya el 100% de la pensión de jubilación en favor de la demandante **MARINA OCHOA DE HOYOS**, en calidad de cónyuge supérstite del causante; así como el monto de lo adeudado, previo estudio de la excepción de prescripción, la procedencia de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la posible responsabilidad en cabeza de **COLPENSIONES**.

De llegar a establecerse que las prestaciones en comento no son **compatibles**, deberá la Sala estudiar si la señora **MARINA OCHOA DE HOYOS** debe reembolsar las mesadas que alega **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** canceló en exceso al señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTOYA entre 2010 y 2017, junto con la indexación e intereses correspondientes.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previos las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que el señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTOYA y la demandante, señora **MARINA OCHOA DE HOYOS**, contrajeron matrimonio el 20 de abril de 1960, según lo muestra el Registro Civil de Matrimonio de folio 58 Archivo 01 ED.
- (ii) Que el señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTOYA laboró al servicio del antiguo Banco Comercial Antioqueño hoy **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** entre el 10 de octubre de 1952 y el 20 de septiembre de 1983, tiempo que le valió para que esa entidad le reconociera pensión de jubilación desde el 21 de septiembre de 1983 en cuantía mensual de \$48.281,25 (f. 126 Archivo 01 ED).
- (iii) Que en proceso judicial iniciado por el señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTOYA en contra de **COLPENSIONES**, conocido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, Rad. 005-2013-00702, se emitió **Sentencia adiada 13 de septiembre de 2013** la cual declaró que el demandante era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, condenando a la accionada al pago de la pensión de vejez a partir del **17 de abril de 2010**, con derecho a 14 mesadas anuales, liquidando como retroactivo adeudado a corte del 31 de agosto de 2013 en la suma de \$103.116.539, precisándose que la mesada a continuar cancelando desde el 1 de septiembre de 2013 ascendía a \$2.271.821. Así mismo, la demandada en dicho proceso fue condenada al pago de intereses moratorios desde el 17 de agosto de 2013 hasta el pago de lo adeudado (Archivo 16 ED).
- (iv) Que mediante **Resolución GNR 250607 del 7 de octubre de 2013**, **COLPENSIONES** le reconoció al señor Hoyos Montoya la pensión de vejez, a partir del 17 de abril de 2009, en cuantía de \$2.008.404, dejando en suspenso el retroactivo generado hasta establecer a quien le corresponde en atención a la pensión de jubilación recibida por el beneficiario (f. 13 a 19 Archivo 01 ED).
- (v) Que a través de la **Resolución GNR 448777 del 29 de diciembre de 2014**, **COLPENSIONES** dio cumplimiento al fallo judicial mencionado, reliquidando la mesada dispuesta en el acto anterior, en la suma de \$2.315.894 a partir del 1 de enero de 2015, reiterando el estado de suspenso respecto del retroactivo generado (f. 22 a 25 Archivo 01 ED).
- (vi) Posteriormente, **COLPENSIONES** profirió la **Resolución GNR 282546 del 15 de septiembre de 2015**, en la que reconoció al pensionado la suma de \$2.435.915 por reajuste de mesadas e intereses moratorios adeudados entre 2010 y 2015 (f. 27 a 35 Archivo 01 ED).
- (vii) Así mismo, a través de la **Resolución GNR 364150 del 1 de diciembre de 2016**, la entidad de pensiones dispuso dar cabal cumplimiento a lo ordenado en sentencia emitida dentro del Rad. 005-2013-00702, adiada **13 de septiembre de 2013**, reconociendo en favor del pensionado el retroactivo de mesadas e intereses ordenados en el citado fallo, pagaderos en nómina del mes de enero de 2017 (f. 36 a 46 Archivo 01 ED).
- (viii) Que el señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTOYA falleció el **20 de agosto de 2017**, conforme lo enseña el Registro Civil de Defunción visible a folio 56

Archivo ED.

- (ix) Que, en virtud de lo anterior, la señora **MARINA OCHOA DE HOYOS** solicitó a **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** y a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la sustitución de las pensiones de jubilación y de vejez, respectivamente, que recibía en vida el fallecido.
- (x) La citada petición fue negada por **ITAÚ** en comunicado del 15 de febrero de 2019, tras anotar que la pensión de jubilación era de carácter compartido, y al no haber mayor valor en favor de aquel, tampoco hay sumas a sustituir. Manifestando que, por el contrario, el causante quedó adeudando la suma de \$216.051.866 por concepto de mesadas pagadas por el empleador, sin tener la obligación de hacerlo (f. 53 a 54 Archivo 01 ED).
- (xi) De otro lado, **COLPENSIONES** emitió la **Resolución SUB 231060 del 18 de octubre de 2017**, accediendo a la sustitución pensional reclamada, a partir del 20 de agosto de 2017, con una mensualidad de \$2.710.563 (f. 46 a 52 Archivo 01 ED).

DE LA COMPARTIBILIDAD y COMPATIBILIDAD PENSIONAL

Desde el planteamiento de la demanda, la PARTE DEMANDANTE alega que, como cónyuge sobreviviente del señor ANTONIO JOSÉ HOYOS MONTOYA, tiene derecho a percibir de manera completa las pensiones de jubilación y vejez que este recibía en vida, por lo cual predica que la sociedad **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** está en la obligación de restituir el importe total de la mesada, cancelada en su momento a su esposo, premisa a la que se opuso dicha entidad, tras argumentar que las pensiones percibidas por aquel tenían el carácter de compartidas, presupuesto por el que su obligación se reduciría únicamente a cancelar, a lo sumo, el mayor valor existente entre la pensión de jubilación reconocida por el empleador y la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES.

Frente a ello, la Juez de primer grado consideró que la citada pretensión no tenía vocación de éxito, en la medida en que, de las pruebas adosadas al plenario, podía extraerse que la pensión de jubilación reconocida en su momento por el Banco Comercial Antioqueño era de carácter compartido, ello por disposición expresa de las partes, aunado a lo establecido en el Decreto 3041 de 1966.

Pues bien, para deshilvanar la discusión, debe aclararse que en relación con el tema objeto de estudio confluyen dos (2) conceptos con efectos sustanciales disímiles, como son, **la compartibilidad y la compatibilidad pensional**:

La **compartibilidad pensional** parte de un reconocimiento pensional a cargo del *empleador*, en los términos del CST o de la convención colectiva de trabajo que rija en la empresa, para el momento en que el trabajador satisfaga las condiciones previstas en dichos compendios normativos; prestación que estará a cargo del *empleador* hasta tanto el *ente de seguridad social* proceda con su subrogación, al reconocer la pensión de vejez del régimen de pensiones; continuando a cargo del *empleador* únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión que otorga el régimen pensional y la pensión de jubilación que venía pagando al trabajador.

Por su parte, la **compatibilidad pensional** tiene su origen en el pacto o convención, en la que expresamente se acuerde que la pensión convencional a cargo del empleador no va a ser subrogada con el ente de seguridad social, cuando este proceda a reconocer la prestación a cargo del régimen de pensiones; evento en el cual el trabajador podrá seguir percibiendo ambas prestaciones completas.

También se ha reconocido jurisprudencialmente que la **compatibilidad pensional** aplica *ope legis* hasta la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985 (Decreto 2879 de 1985), esto es, con anterioridad al **17 de octubre de 1985**, en virtud de que el referido acuerdo fue el que vino a establecer la **compatibilidad pensional** como regla general, al estipular en el artículo 5º: **“(…) Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento del Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono. (…)”**.

De modo que, existe **un antes y un después** para las pensiones extralegales asumidas por el empleador partiendo del 17 de octubre de 1985 –vigencia Decreto 2879/1985-, pues previamente a dicha calenda, **por regla general**, las prestaciones jubilatorias otorgadas por el empleador eran **compatibles** con aquellas reconocidas por el ISS como administradora de pensiones; y con la expedición de tal normativa, las prestaciones extralegales o voluntarias son conjugadas o **compartidas** con la pensión a cargo del Instituto.

Puestas las cosas de esa manera, en el *sub-judice* está claro que el Banco Comercial Antioqueño hoy **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, en su condición de empleador, dispuso el reconocimiento y pago de **pensión de jubilación convencional** en favor del señor Antonio José Hoyos Montoya a partir del 21 de septiembre de 1983, ello en atención a que este había laborado para la entidad entre el 10 de octubre de 1952 y el 20 de septiembre de 1983, esto es, por un lapso superior a 30 años, reconocimiento informado en comunicado emitido por el empleador para la data del otorgamiento de la prestación, en el cual se precisó (f. 126 Archivo 01 ED):

Una vez producida su desvinculación de la Institución para empezar a disfrutar de su pensión convencional por haber laborado 30 años al servicio del Banco, nos proponemos suministrarle una breve explicación en cuanto a su situación como jubilado se refiere, así:

Cómo al 10. de enero de 1967, fecha en la que se iniciaron las cotizaciones por los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte ante el ISS en esta ciudad, usted llevaba más de 10 años al servicio del Banco y menos de 20, se concluye que su pensión es de las "compartidas" con ese Instituto de acuerdo con sus normas legales y reglamentarias vigentes.- En consecuencia, a partir del 21 de septiembre de 1983 el Banco le cubrirá el monto total de la pensión que liquidada en los términos del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a \$48.281.25, hasta que usted cumpla 60 años de edad (30 de agosto de 1995), fecha en la que deberá presentarse de inmediato ante el ISS a reclamar su pensión de vejez y una vez reconocida ésta, el Banco asumirá el pago de la diferencia que llegare a existir entre una y otra suma. etc.

En contraste con lo anterior, **COLPENSIONES** dispuso reconocerle el privilegio pensional por vejez al demandante a través de la **Resolución GNR 250607 del 7 de octubre de 2013**, a partir del 19 de enero de 2009 (f. 13 a 19 Archivo 01 ED), derecho que más adelante tendría fluctuaciones en cuanto a su liquidación, por virtud de lo decidido en sede judicial por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso Rad. 005-2013-00702, finalizado con **Sentencia del 13 de septiembre de 2013** (Archivo 16 ED).

De la información resaltada es pertinente hacer las siguientes anotaciones. La primera, que, si bien se enuncia en el citado documento que la pensión de jubilación reconocida al causante tiene origen **convencional**, lo cierto es que, echa de menos el proceso dicho texto extralegal a efectos de precisar las condiciones de reconocimiento, en tanto no fue aportada copia del mismo al expediente, Sin embargo, puede inferirse que la pensión de origen extralegal en atención a que para la misma se exigía 30 años de servicios a la entidad, mientras que el artículo 260 CST regente para la época exigía 20 años de servicios y la edad de 55 años.

En segundo lugar, y concatenado con el dato anterior, cumple recordar que, siendo la regla general la compatibilidad de pensional previo a la expedición del Decreto 2879 de 1985, la excepción a esta condición que, operaba por ministerio de la ley, debía provenir del mismo concilio de las partes, plasmada en el instrumento extralegal que contempló la concesión del derecho pensional. Así lo viene puntualizando de tiempo atrás la Jurisprudencia Especializada, por ejemplo, en la Sentencia SL2276-2022, que memoró:

“(…) Con todo, se debe memorar que esta Corporación de vieja data ha instruido que las pensiones extralegales reconocidas con anterioridad al 17 de octubre de 1985, cuando entró en vigor el Decreto 2879 de 1985, aprobatorio del Acuerdo 029 del mismo año, son compatibles con la de vejez que reconociera el ISS, hoy Colpensiones, salvo que los interesados acuerden lo contrario; excepción que «sólo pueden provenir de un acuerdo entre las partes, plasmado en el mismo instrumento normativo que consagra la prestación, como la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral» (CSJ SL5118-2019). (…)” (Subraya y Negrilla de la Sala).

Así mismo, ha sido postura férrea del precedente que, además de requerirse la estipulación expresa de la compatibilidad en el texto extralegal originario de la pensión, esta característica no puede ser objeto de modificación por parte del patrono en documento posterior, como el comunicado, acto administrativo o resolución a través del cual se exterioriza la decisión de reconocer al trabajador la pensión de jubilación, tal como fue considerado en Sentencia SL2802-2022¹:

“(…) De conformidad con lo anterior, queda claro que la jurisprudencia de esta Sala, ha entendido que las pensiones de jubilación extralegales concedidas con anterioridad a la vigencia Decreto 2879 de 17 de octubre de 1985 que aprobó el Acuerdo 029 de ese año, son por regla general compatibles con las de vejez reconocidas por el seguro social, salvo cuando las partes o el empleador en caso de pensiones voluntarias, hubieran dispuesto otra cosa.

Como la pensión de que aquí se trata fue concedida en el año 1983 y tuvo su fuente en la convención colectiva tal como lo dio por demostrado el tribunal, para que pudiera ser compartida con la de vejez del seguro social, era menester que tal previsión hubiese sido hecha en el mismo acuerdo colectivo, vale decir, en el acto de donde emana el derecho, y no en una decisión posterior adoptada por el patrono, como lo es una resolución que por su propia naturaleza, constituye una manifestación unilateral de voluntad.

Así las cosas, no puede tenerse como acuerdo entre las partes, la previsión sobre compatibilidad pensional contenida en el artículo 6° de la Resolución 112 de 10 de enero de 1983, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación convencional al actor, ni tampoco puede aceptarse como tal, la autorización de descuento del valor de la pensión de jubilación lo recibido por concepto de prestación de vejez, ni la circunstancia de que este no hubiese interpuesto recursos contra esa decisión, por no ser en estricto sentido estas actuaciones la materialización de un acuerdo libre de voluntades.

En decisión bastante reciente, de 3 de mayo del presente año, radicación 24014, la Sala al resolver un asunto similar al presente adelantado contra la misma entidad demandada, anotó lo siguiente:

En cuanto a la declaración de compatibilidad contenida en la resolución del ISS que reconoció la pensión de vejez, debe decirse que ese no es el acto jurídico idóneo para hacer tal declaración pues si el origen de la pensión extralegal fue la convención colectiva es allí donde debió pactarse la compatibilidad. En ese orden de ideas, la circunstancia de que el demandante no haya impugnado oportunamente la parte de la resolución de la empresa que reconoció el derecho donde se dice que el pensionado queda obligado a tramitar la pensión de vejez ante el ISS y el Banco entra a cancelar la diferencia, ni la resolución que determinó descontar el monto de la pensión de vejez de la convencional, incluso ni siquiera el hecho de que haya autorizado los descuentos de los mayores valores pensionales cancelados por el Banco, en modo alguna significa que haya consentimiento de su parte acerca de la compatibilidad de la pensión, pues para que este aspecto cobrara efectividad era menester que quedara establecido de manera expresa y clara en la convención colectiva y no en otro acto coetáneo o posterior al otorgamiento del derecho. Amén de que las anotadas actitudes del demandante no constituyen en rigor un acuerdo entre las partes, máxime si se tiene en cuenta que al agotar el procedimiento gubernativo y después iniciar acción judicial el hoy actor manifestó su inconformidad con la actuación del Banco.

¹ Recopila postura de Sentencia CSJ SL del 17 de mayo de 2005 dentro del Rad. 25251.

(...)

De modo que es solo en el específico caso en que las partes acuerden de manera explícita en la propia convención o en otro acto la compartibilidad de las pensiones, en el que se aplica esta figura, sin que en el sub lite se advierta la ocurrencia de tal situación. Dicho en otras palabras: la carga de la prueba en aras de acreditar que la prestación convencional concedida antes del 17 de octubre de 1985 era compartida con la del ISS, recaía sobre el empleador que concedió la prestación o en la entidad que haga sus veces, como en este caso el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. (...) (Negrilla y Subraya de la Sala).

De lo anterior, surge para la Sala que, contrario a lo sostenido por la Juzgadora de primer grado, el hecho de haberse precisado en el documento a través del cual se informó al causante sobre el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, que el pago de esta iba hasta el cumplimiento de los requisitos para que el ISS asumiera el pago de la pensión legal de vejez (f. 126 Archivo 01 ED), subrogándose con ello la obligación, no era suficiente para extraer de allí la compartibilidad pensional, en tanto es claro que el carácter compatible únicamente podía derivarlo, según la previsión Jurisprudencial, de la convención u otro instrumento que estatuyera el derecho pensional, cuestión que debía probar **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, quien desde siempre alegó la configuración de la compartibilidad, pero que en modo alguno acreditó tal circunstancia, ya que ni siquiera allegó la convención colectiva contentiva de las reglas que sirvieron de fundamento para el otorgamiento de la pensión al fallecido.

Luego, tampoco tiene asidero sustentar la compartibilidad de lo consagrado en el Decreto 3041 de 1966 aprobatorio del Acuerdo 224 de la misma anualidad, punto que también ha sido abordado por la Jurisprudencia, concluyendo que la compartibilidad emanada de allí solo opera para pensiones de **origen legal**, que no es el caso ahora analizado, en tanto la pensión reconocida al causante por parte del Banco Comercial Antioqueño era convencional. Así mismo, tampoco podía abrogarse la connotación de compatible de dicha prestación en razón a la inscripción del pensionado en el ISS (f. 135 Archivo 01 ED), en la medida en que era requisito inexorable que apareciera consignado el documento o acuerdo del cual provenía el derecho.

En esos términos lo recabó la Sentencia SL054-2018:

“(...) De otra parte, frente al tema de la <compatibilidad>, debe precisarse que la misma tiene lugar en tratándose de una pensión de jubilación extralegal, reconocida antes del 17 de octubre de 1985, si se tiene en cuenta que el artículo 5.º del Acuerdo 029, aprobado por el Decreto 2879, ambos del referido año, señala que las pensiones de jubilación extralegales reconocidas por los empleadores a partir de la expedición del mismo, serán <compatibles>, lo cual fue ratificado por el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que precisó que las pensiones reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntarias, a partir del 17 de octubre de 1985, tendrán el carácter de compatibles.

Ahora bien, nada se dijo en tal normativa acerca de las pensiones extralegales o voluntarias reconocidas por el empleador antes de esa fecha y si bien, los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, hacen referencia a la continuidad del reconocimiento de las prestaciones a cargo del empleador, hasta que el ISS lo asumiera, y el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 dispuso la compartibilidad de la pensión del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, tales disposiciones no se refieren a las pensiones de jubilación convencionales o voluntarias.

(...)

También frente a este criterio se han emitido reiterados pronunciamientos por parte de esta Sala, dentro de los cuales se destaca la sentencia CSJ SL7199-2015, en la que se discurrió:

*Aquí importante es precisar que para que una pensión extralegal, desde luego reconocida con anterioridad al 17 de octubre de 1985, pueda compartirse con la legal de vejez, **no es suficiente que la entidad que pensiona a su trabajador lo inscriba al I.S.S. a fin de continuar haciendo los aportes en calidad de pensionado, como efectivamente ocurrió -fl. 66 y 84 a 87, pues para ello es insoslayable que expresamente así se haya establecido en el acto jurídico que dio origen al derecho extralegal. (...)*** (Negrilla y Subraya de la Sala).

Lo anterior desvanece, entonces, la determinación del *A quo* en torno a considerar que la pensión entregada en vida al señor Antonio José Hoyos Montoya, reclamada ahora en sustitución por la demandante, era compartible, por cuanto lo argüido en precedencia derruyen tal intelección, asistiéndole razón a la orilla demandante en punto a que dicha prestación si era **compatible** con la posteriormente reconocida por **COLPENSIONES**.

De ahí que la anterior conclusión sea suficiente, incluso, para zanjar la discusión propuesta por la parte apelante, quien insistió en la existencia de saldos pagados de más al pensionado por recibir la pensión de jubilación y la legal al tiempo, cobrados justamente, por la potísima razón de que, al tenerse que tales pensiones eran compatibles, desaparecen las razones por virtud de las cuales **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** predica un crédito en su favor y a cargo de la actora, pues realmente si tenía la obligación de pagar al pensionado el importe completo de la pensión de jubilación al señor Hoyos Montoya.

Ahora, es de anotar que, aun si en gracia de discusión se hubiere corroborado la compartibilidad pensional decidida en primera instancia, tampoco tendrían vocación de éxito los pedimentos de la reconvención, dado que, las sumas cobradas no fueron canceladas a la señora **OCHOA DE HOYOS**, sino al propio pensionado, sin que pueda perseguirse la compensación bajo el alegato de un enriquecimiento sin causa en cabeza de la promotora del proceso, como lo explicó el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria en Sentencia SL907-2022: “(...) De dicha probanza, se estima que contrario a lo señalado por la censura, el colegiado sí la analizó, en tanto dio por acreditado que el pensionado disfrutaba de la pensión de jubilación reconocida por Avianca S.A., desde 1988, pero en todo caso, resulta intrascendente para el asunto, como quiera que las sumas que aspira descontar el empleador, no fueron recibidas por las demandantes, luego no es factible que asuman la compensación pretendida por la empresa, sobre el retroactivo pensional, por el pago en «exceso» que efectuó a Cantillo González por la suma de «\$61.697.170,69», ni mucho menos considerarse que se configuró un enriquecimiento sin justa causa. (...)”. (Negrilla y Subraya de la Sala).

Sin embargo, más allá de lo considerado enantes, la controversia no alcanza a desatarse en favor de la demandante, acogiendo sus aspiraciones económicas, por las razones que pasan a expresarse.

DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL

No es extraño para la Sala que el derecho jubilatorio del causante, señor Antonio José Hoyos Montoya, sea plenamente transmisible, pues no se observa prohibición en ese sentido que provenga de la misma convención colectiva que condensó el derecho originario, coligiéndose entonces la transmisibilidad de este derecho extralegal, lo que legitimaba a la señora **MARINA OCHOA DE HOYOS** a reclamar la sustitución en condición de cónyuge del fallecido (Léase Sentencias SL8294-2014, SL4974-2018, SL2589-2018, SL5140-2019 y SL3103-2021).

En ese sentido, ha señalado la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en las sentencias SL9762-2016, SL 9763-2016, SL 1689-2017, SL 1090-2017, SL 2147-2017 y SL3769-2018, entre otras, que la norma que gobierna el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes es la vigente al momento del óbito del pensionado o afiliado, de modo que la disposición legal aplicable al caso que nos ocupa es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 con la modificación introducida por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, por encontrarse vigente para el **20 de agosto de 2017** (f. 56 Archivo ED), fecha del fallecimiento del señor Hoyos Montoya.

La referida norma dispone, en lo que interesa a las pretensiones de la señora **OCHOA DE HOYOS**, que serán beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, la cónyuge o la compañera permanente, siempre y cuando acrediten que estuvieron haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con este no menos de cinco (5) años con anterioridad a su muerte.

Frente a tal requisito, ha sido pacífica la jurisprudencia del alto tribunal en materia laboral en señalar que, en tratándose de compañeros permanentes, la convivencia debe corroborarse dentro de los cinco (5) años inmediatamente anteriores al deceso del causante. A guisa de ejemplo, se rememora lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1399-2018, en la que manifestó que:

“(…) De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado o afiliado, puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar (…)”.

En este punto, debe precisar la Sala, el despliegue demostrativo con miras acreditar las exigencias de la sustitución pensional fue realmente nulo, pues a lo largo del litigio se observa que la parte aunó todos sus esfuerzos a demostrar el carácter de compatible de la pensión de jubilación reconocida a su cónyuge por parte del Banco Comercial Antioqueño hoy **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, dejando de lado este tópico del proceso, es decir, la demostración de convivencia con el causante por el tiempo descrito en precedencia, aspecto del que solo se cuenta con lo dicho por la demandante en su interrogatorio (Min. 5:27 a 9:05 Archivo 17 ED), quien señaló que, desde su casamiento con el pensionado, no se separó de este hasta el momento de su deceso, aserto que no es suficiente para hacerla beneficiaria de la pensión pretendida, en virtud de la máxima relativa a que nadie puede crear su propia prueba.

Ahora bien, en nada contribuye el hecho de que en sede administrativa **COLPENSIONES** le hubiere reconocido la sustitución de la pensión de vejez a través de la Resolución SUB 231060 del 18 de octubre de 2017 (f. 46 a 52 Archivo 01 ED), toda vez esa circunstancia por sí sola no tiene la entidad suficiente para eximirla de probar los supuestos evocados, especialmente la convivencia con el fallecido, por cuanto las actuaciones agotadas ante el sistema de pensiones son distintas e independientes de aquellas obligaciones exigibles al patrono.

De esa forma lo ha dado a entender la Sentencia SL1687-2021:

“(…) En resumen, la calidad de beneficiario de una sustitución pensional, se adquiere con la acreditación del lleno de los requisitos legales, sin que la voluntad del causante sea el único elemento a tener en cuenta en ese cometido. Se reitera, no se avista yerro de orden fáctico o jurídico en las inferencias del fallador, con relación a la comunicación visible a folio 19.

(…)

Es claro que para Colpensiones, la calidad de compañera permanente de la causante estuvo demostrada y, para la entidad, se satisfizo los requisitos de que trata el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la prestación, en sustitución de Carlos Alfonso Acosta Ventura; sin embargo, el hecho que para la administradora estuviesen acreditadas las exigencias para el otorgamiento de la pensión de vejez, no conmina al juzgador a una conclusión similar, ni puede tenerse como prueba irrefutable de la condición de beneficiaria de la prestación a cargo de la empresa. (…) (Negrilla y Subraya de la Sala).

De ahí que, el proceso no cuenta con elementos suasorios que permitan establecer con la **suficiente claridad** que entre la demandante y el jubilado se hubiese dado la convivencia en los términos exigidos por la legislación y la Jurisprudencia, debiendo recordarse que quien concurre a la jurisdicción para que se le declare un derecho y se imponga una condena, o aquel que pretende enervar dicha pretensión, sabe que la decisión judicial debe estar fundada en pruebas regular y oportunamente vertidas al proceso, siendo entonces del resorte de las partes demostrar los hechos que sirven de base al derecho invocado, tal como lo prescribe el artículo 167 CGP.

Con dicha actividad probatoria lo que se busca es producir certeza o convicción en el

operador judicial para decidir, por lo que la facultad que tienen los sujetos procesales de demostrar los supuestos alegados radica en cabeza de quien busca obtener una sentencia favorable, aclarando que esa responsabilidad no implica una sanción para quien la soporta, pero sí que los efectos de su inobservancia le acarrearán riesgos que pueden derivar en un fallo adverso, como ocurre en el presente asunto.

Por consiguiente, no estando probado que la promotora del proceso estuvo haciendo vida marital con el causante no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, es dable concluir que la pretensión relativa a la sustitución pensional y demás consecuencias económicas que penden de aquella, están llamadas al fracaso.

Así las cosas, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia, pero por las razones expuestas en la presente providencia. Las costas en esta instancia estarán a cargo de **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma de equivalente a un (1) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 179 del 27 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, pero por las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: Las **COSTAS** en esta instancia están a cargo de **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
Magistrada


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada