

Casación: Rad.11245

PENSION DE JUBILACION COMPARTIDA/REGIMEN DE TRANSICION/PENSION DE SOBREVIVIENTES - Beneficiarios/SUSTITUCION PENSIONAL - Cónyuge Superstite, Compañera (o) Permanente

RESUMEN:

El lit., a) del art., 47 de la Ley 100 de 1993, erige como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o a la compañera o compañero permanente supérstite y establece, a renglón seguido, los requisitos que estas personas deben reunir a efectos de recibir ese beneficio. A partir de la Constitución Política de 1991, se dio un giro fundamental en lo que respecta al concepto de "familia", de modo que no sólo la constituye un primer vínculo matrimonial, sino también cuando después de haber cesado definitivamente la cohabitación dentro de éste, se desarrolla durante varios años otra efectiva comunidad de vida - legal o de hecho - cimentada sobre una real convivencia de la pareja, basada en la existencia de lazos afectivos y el ánimo de brindarse apoyo y colaboración, factores determinantes a efectos de construir el nuevo núcleo familiar. De suerte que cuando una pareja se une aún por vínculos naturales, fruto de una voluntad responsable y de la decisión libre de un hombre y una mujer de realizar una convivencia estable para constituirse en familia, también tiene la protección constitucional. Y es precisamente dentro de este esquema que el nuevo sistema de seguridad social introducido por la Ley 100 de 1993 consagró en su art., 47, para la compañera permanente la condición de beneficiaria cuando, habiéndose extinguido la convivencia del pensionado con su cónyuge, aquella reuniese cabalmente las nuevas condiciones para acceder a la pensión de sobrevivientes, y estableció concretamente que es la efectiva vida de pareja durante los años anteriores al deceso del pensionado, la que viene a legitimar la sustitución pensional, por encima de cualesquiera otra consideración. Lo anterior no obsta para precisar que si se da una convivencia simultánea del pensionado tanto con su cónyuge como con la compañera, la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en primer término, es la esposa, por cuanto así se desprende del art., 7º del dec., 1889 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993. Pero en todo caso, para que el cónyuge tenga el derecho a la susodicha sustitución pensional, deberá cumplir "con los requisitos exigidos por los lits., es a) de los arts., 47 y 74 de la Ley 100 de 1993", como lo exige perentoriamente el art., 9º del decreto citado. Importa precisar que para efectos de la pensión de sobrevivientes de la Ley 100, la exigencia adicional de convivencia durante los dos últimos años no se opone al hecho de que se trate de una persona enferma o que por ser "demasiada anciana no puede cumplir los deberes maritales completos" - para emplear las voces de uno de los intervinientes en el juicio -, dado que más que una convivencia material o sexual comporta una comunidad de vida familiar, con vocación de estabilidad, solidaria y responsable. Por manera que negar el derecho a quien cohabitó con una persona enferma, socorriéndola y brindándole el apoyo durante un tiempo tan prolongado, no solamente se apartaría del sentido y alcance de la nueva preceptiva, sino también entrañaría una aberrante injusticia.

PENSION DE JUBILACION - Regímenes Excluyentes (Ley 100 de 1993)/SISTEMA GENERAL DE PENSIONES/PENSION DE SOBREVIVIENTE -

SALVAMENTO DE VOTO DEL Dr. RAFAEL MENDEZ ARANGO

RESUMEN:

Las especiales características de los dos regímenes excluyentes consagrados en la Ley 100 de 1993 diferencian nítidamente las pensiones allí previstas de cualquier pensión de jubilación a cargo exclusivo del patrono y, por consiguiente, las normas legales anteriores a ella que regulan la sustitución pensional se mantienen en vigor, por no haber sido expresamente derogadas por el art., 289 de dicha ley. Significa lo antes dicho que el conflicto jurídico debió ser resuelto de conformidad con lo dispuesto en las leyes 12 de 1975, 113 de 1985 y 71 de 1988, al no poder considerarse que haya operado la derogación implícita de tales textos legales, como tampoco la insubsistencia del dec., 1160 de 1989, reglamentario de la última de las leyes antes mencionadas. Partiendo de este supuesto normativo, resulta para mí indiscutible que a quien debió sustituirse la pensión de jubilación fue a la cónyuge sobreviviente y no a quien adujo su condición de compañera permanente, puesto que la ley 12 de 1975 claramente dispone que el cónyuge pierde el derecho a la pensión cuando la falta de convivencia se deba a culpa suya. Pero inclusive si, en gracia de discusión, se admitiera que efectivamente operó una derogación tácita de las normas que regulaban lo atinente a la sustitución de las pensiones de jubilación a cargo directo de quien fue patrono del pensionado, y que, como lo supuso la recurrente y lo aceptó la mayoría, el caso debía ser resuelto a la luz del art., 47 de la ley 100 de 1993 y los arts., 7º, 10º y 11 del dec., 1189 de 1994, ocurriría entonces que tampoco estas normas, correctamente entendidas, desconocen la prevalencia de la cónyuge sobreviviente sobre la compañera permanente. Ello por cuanto el art., 7º del dec., 1889 de 1994 expresamente dispone que "para efectos de los lits., a) de los arts., 47 y 74 de la ley 100 de 1993 y 49 del dec., 1295 de 1994, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en primer término, el cónyuge. A falta de éste, el compañero o compañera permanente". El derecho a la pensión de sobrevivientes lo tiene el cónyuge, en primer término, y sólo a falta de éste, el compañero o compañera permanente. Como lo dije al comienzo, mi opinión personal es la de que siguen vigentes las normas que regulan la sustitución pensional anteriores a la ley 100 de 1993, en aquellos casos en que la pensión no es una de las que corresponde al régimen general de pensiones creado por ella, sino, como aquí sucede, una pensión pagada directamente por quien fuera patrono del pensionado, y es por esta razón que sólo acepto, en gracia de discusión, que el art., 47 de dicha ley sea el aplicable al caso, para demostrar que inclusive frente a esta norma se mantiene la preferencia del cónyuge sobre el compañero o compañera permanente, por lo que siempre será menester determinar si fue por culpa del cónyuge sobreviviente que no vivía unido al otro en el momento de fallecer quien estaba pensionado. Además de la ley 45 de 1936, resulta pertinente recordar que antes de la Constitución Política de 1991, mediante la ley 54 de 1990 fueron definidas "las uniones maritales de hecho y [el] régimen patrimonial entre compañeros permanentes". Es cierto que esta es una ley para regular los efectos de la "sociedad patrimonial" entre compañeros permanentes; pero en el art., 3º de la ley 54 de 1990 expresamente se dispone que "el patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenecen por partes iguales a ambos compañeros permanentes", por lo que no parece descabellado considerar que las prescripciones de dicha ley deben ser tomadas en cuenta por los jueces del trabajo cuando deban resolver los asuntos de su competencia; y ocurre que en el art., 2º de dicha ley se establece como una condición para que haya lugar a declarar judicialmente la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, que la "unión marital de hecho", además de haber existido por un lapso no inferior a dos años, lo haya sido "entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio". No

puedo finalizar sin reconocer que la solución del caso resulta realmente difícil, y debo expresamente dejar testimonio del propósito justiciero que anima la decisión de la mayoría; sin embargo, en mi personal criterio, en este caso la ley, y la misma justicia, reclamaban una solución diferente, puesto que nadie puede, por su decisión unilateral, desligarse de los vínculos jurídicos y legales que lo atan a otro, mucho menos cuando ese vínculo es el del matrimonio, y por la misma razón, no es dable sustraerse a las obligaciones que surgen de la condición de esposos, las cuales no desaparecen por la sola circunstancia de que el cónyuge culpable de la separación opte por formar otra familia diferente.

PENSION DE JUBILACION/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL/PENSION DE SOBREVIVIENTES - Beneficiarios/SUSTITUCION PENSIONAL - Cónyuge Superstite, Compañera (o) Permanente

SALVAMENTO DE VOTO DEL Dr. FERNANDO VASQUEZ BOTERO

RESUMEN:

Como, en mi sentir, no hay obstáculo constitucional ni legal para que al lit., a) del art., 47 de la ley 100 de 1993 se le dé un alcance diferente al que se desprende de su textualidad, es por lo que estimo que los arts., 1º, 2-b., 11, 134-5 y 289 de la misma ley 100, y los arts., 42, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, posibilitaban e imponían llegar a la conclusión, aplicable para este asunto, que se encuentran vigentes las normas legales anteriores a la ley que creó el "Sistema de Seguridad Social Integral" y que regulan, para efectos de la sustitución pensional, la situación del cónyuge supérstite que no haga vida común con el causante al momento de su muerte por "hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía", tal como lo prevé el dec., 1160 de 1989, reglamentario de la ley 71 de 1988. Y están vigentes porque no pueden considerarse como derogadas por la ley 100 de 1993, art., 289, al no ser contraria a los principios elementales de la seguridad social, ni a la lógica y a la equidad; aunque, también hay que decirlo, al art., 7º del mencionado dec., 1160 de 1989 hay que armonizarlo con el texto del lit., a) del art., 47 de la ley 100 de 1993, para así encontrar una solución que consulte la razón de ser de ambas disposiciones. Creo que si bien es cierto que la Constitución Política de 1991 dio, como lo dice la sentencia de la que discrepo, un "giro" en el concepto de "familia", también lo es que ello no puede llevarse hasta el extremo de entender que cuando se constituye un "nuevo núcleo familiar", "por la voluntad responsable de conformarla", cesan todas las responsabilidades y obligaciones con la persona con quien se había integrado uno anterior en razón de matrimonio, y que por ende, el cónyuge abandonado, siendo inocente de la no convivencia, que es una de las obligaciones que aquel le imponía, pierda o se le extingan los derechos que tal condición le confiere. Es por lo anterior que, aceptando, en gracia de discusión, el criterio de la mayoría, o sea, que lo único que confiere el derecho a la pensión de sobrevivientes es "la vida marital" con el pensionado, en los momentos y durante el lapso que fija el art., 47, y consecuentemente el 74, de la ley 100 de 1993, no entiendo por qué para "la compañera o compañero permanente supérstite", como lo dice la sentencia, puede presentarse circunstancias materiales que justifiquen esa no convivencia, y en cambio, respecto al cónyuge, carezca de tal connotación la conducta del pensionado que la imposibilitó por haber abandonado el hogar sin justa causa o impedido su acercamiento o compañía, que son los casos que prevé el art., 7º del dec., 1160 de 1989 para que el cónyuge sobreviviente, a pesar de no hacer "vida común" (hoy "vida marital"), no pierda el derecho a la sustitución pensional. Asimismo, tampoco me parece razonable, así se cite para ello el art., 7º del dec., 1889 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, que se sostenga que

cuando se "da una convivencia simultánea del pensionado", en ese caso sí tiene derecho la "esposa" con exclusión de la compañera. Y no es razonable porque en esa situación se está haciendo depender la existencia del derecho a la sustitución pensional, bien a la tolerancia del cónyuge de una conducta irregular de su pareja o al desconocimiento de la misma; tratamiento que resulta manifiestamente inequitativo con el cónyuge que es abandonado sin justa causa por el otro. De otra parte, también se pasó por alto al acogerse la decisión de la que disiento, que cuando el cónyuge es abandonado sin justa causa o su pareja le impide su acercamiento o compañía, la ley, como lo expresa el art., 42 de la constitución Política, le concede el derecho para demandar y obtener, según el caso, la separación de cuerpos o el divorcio y, consecuentemente, solicitar el suministro de alimentos, como también para garantizar el pago de estos, el embargo y secuestro de créditos sociales que estén en cabeza de aquél, entre los que se encuentra, obviamente, la pensión de jubilación, vejez o invalidez; la que inclusive puede ser objeto de esa medida cautelar así el pensionado haga vida marital con otra persona, la que, además, podría ser, según el criterio de la mayoría, la llamada posteriormente a disfrutar de la pensión de sobrevivientes. Aludo a lo anterior para destacar que en mi criterio dicho derecho del cónyuge no culpable, no se extingue ni puede ser desconocido por la muerte del pensionado, ya que ese suceso tampoco hace desaparecer los motivos que dieron origen al mismo; y sería más que contradictorio que si el compañero o la compañera permanente que en vida de su pareja tuvo que soportar directa o indirectamente las consecuencias de esa medida cautelar, no tenga que hacerlo en virtud de la sustitución pensional que regula el art., 47 de la ley 100 de 1993.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA

Radicación N° 11245

Acta No. 7

Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de marzo mil novecientos noventa y nueve (1999).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de ELBA NUBIA JIMENEZ GUZMÁN contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 7 de mayo de 1998 en el juicio seguido por la recurrente contra la sociedad TECNOQUÍMICAS S.A.

I.- ANTECEDENTES

ELBA NUBIA JIMENEZ GUZMÁN demandó a la sociedad TECNOQUÍMICAS S.A. con el fin de obtener el reconocimiento del "derecho a sustituir al causante señor CARLOS BARBERI ZAMORANO, en la pensión de jubilación que venía percibiendo" de la demandada.

Como fundamento de su pretensión afirmó haber constituido con el causante una unión marital de hecho estable que perduró por veintiún (21) años hasta la fecha de su fallecimiento ocurrido el 31 de diciembre de 1994, tiempo este durante el cual "se prodigaron socorro, ayuda mutua y el débito conyugal".

Explicó que si bien su compañero fallecido estuvo casado con la señora ARGELIA PERDOMO,

"se hallaba separado de hecho desde 1969..." y que, de otra parte, a pesar de figurar ella (la demandante) casada con el señor Omar Castrillón González, "se encuentra separada de hecho de este, desde 1963...".

Finalmente manifestó que en vista de que tanto ella, en calidad de compañera, como Argelia Perdomo, en condición de esposa, se habían presentado a reclamar la sustitución pensional pertinente, la sociedad demandada había dispuesto consignar las mesadas correspondientes a órdenes de un juzgado mientras la justicia ordinaria determinaba a quién asistía el derecho (fl.34).

Al contestar la demanda la sociedad expresó que "en ningún momento se opone a que opere la sustitución pensional del señor CARLOS BARBERI ZAMORANO", pero que ante el conflicto suscitado entre las señoras NUBIA JIMENEZ y ARGELIA PERDOMO, es el juez quien debe decidir a favor de cual de ellas la empresa debe reconocer y pagar tal prestación y propuso la excepción de pago de mesadas pensionales causadas efectuado por consignación judicial (fl.64).

El juzgado convocó también al proceso a la señora ARGELIA PERDOMO, quien en su condición de cónyuge se opuso a las pretensiones de la demandante "por carecer de fundamentos legales y de hechos verídicos". Alegó ser ella quien tiene el derecho a la sustitución pensional en cuestión pues "era su legítima esposa y entre ellos no hubo separación legal ni de cuerpos, ni de bienes, ni liquidación de la sociedad conyugal o divorcio", y destacó que fue el causante el culpable de su separación.

Por lo demás, afirmó que la demandante "no reúne los requisitos legales para llamarse compañera permanente", por haber vivido con el señor CARLOS BARBERI ZAMORANO pero, en ADULTERIO O CONCUBINATO. Aseguró, de otra parte, que el causante vivió solo y que si bien pudo haber existido una relación ocasional entre CARLOS BARBERI ZAMBRANO y ELBA NUBIA JIMENEZ, la misma se limitó fundamentalmente a que ella lo acompañaba a cobrar sus pensiones "y a estar muy pendiente de que no se le olvidara firmar". Con base en lo anterior, propuso las excepciones de carencia de derecho y acción para demandar y la innominada (fl.100).

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia del 21 de noviembre de 1997, resolvió declarar "que quien tiene derecho a acceder a la pensión de jubilación del causante CARLOS BARBERI ZAMORANO es su cónyuge, señora ARGELIA PERDOMO DE BARBERI y, en consecuencia, ordenó a la demandada continuar pagando la sustitución de la pensión a la señora ARGELIA PERDOMO DE BARBERI y al Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali entregarle los títulos judiciales que por pensión de jubilación del difunto había puesto a su orden la sociedad Tecnoquímicas S.A. (fl.569).

II.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al desatar el recurso de apelación interpuesto por la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó la anterior decisión en sentencia del 7 de mayo de 1998.

Consideró el ad quem - luego de referirse a pronunciamiento de mayo 12 de 1993 de la H. Corte Constitucional de acuerdo con el cual el cónyuge supérstite que en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, pierde el derecho a la sustitución pensional "salvo la existencia de justa causa imputable a la conducta del fallecido"- que de acuerdo con el testimonio de Mario Barberi Zamorano y la copia de la sentencia que condenara al causante a suministrar, para toda la vida, alimentos congruos a su esposa, Argelia Perdomo, no cabía duda

de que "la separación del señor Carlos Barberi con la Señora Argelia Perdomo fue ... por culpa del causante", por lo que, "aunque quedó demostrado en el proceso que la demandante convivió con el causante por más de 20 años" es la señora Argelia Perdomo "la derechohabiente a recibir la sustitución pensional".

Agregó el tribunal que si en gracia de discusión se aceptara que la cónyuge superviviente "no demostró que la separación hubiese sido por culpa del causante" y que, como lo solicita la recurrente, se diera aplicación a la ley 100 de 1993 por haber ocurrido la muerte en diciembre de 1994, encontraría que tampoco le asiste razón a la demandante de obtener el derecho pues según los documentos que obran a folios 88 y 89 el causante estuvo recluido en el CENTRO GERONTOLOGICO "MIS ABUELOS" durante 6 meses; 3 meses después murió, por lo tanto no cumplió con el requisito de haber compartido los dos últimos años en forma continua con el causante". (fl.36 cdno. tribunal).

III.- LA DEMANDA DE CASACION

Inconforme con esta decisión, la demandante interpuso el presente recurso de casación, mediante el cual pretende se CASE TOTALMENTE la sentencia impugnada con el fin de que convertida la Corte en TRIBUNAL DE INSTANCIA se declare el derecho de la demandante ELBA NUBIA JIMENEZ a recibir las mesadas pensionales del señor CARLOS BARBERI ZAMORANO, y en consecuencia, se condene a la sociedad demandada a pagar dichas mesadas a la demandante desde el día siguiente al fallecimiento del causante, con los respectivos incrementos legales, todo de conformidad con la demanda inicial del proceso.

Con tal propósito formula tres cargos contra la sentencia del Tribunal, de los cuales se estudiará el primero en el que acusa la violación del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, por interpretación errónea, en relación con los artículos 7º, 10 y 11 del decreto Reglamentario 1889 de 1994.

En su demostración, luego de advertir que de conformidad con la técnica respectiva asume como válidas las conclusiones fácticas, soporte de la sentencia acusada, presenta idéntica argumentación en la que cuestiona los dos razonamientos - eminentemente jurídicos -centrales del fallo, esto es, haber considerado que de acuerdo con la norma en cuestión es determinante "el asunto de quien fue el 'culpable' de la separación" y haber entendido que la convivencia continua en los dos últimos años que exige esta misma disposición se interrumpe "por hechos circunstanciales", como la reclusión - no discutida - del causante en un centro gerontológico durante seis meses.

Considera que el tribunal, a diferencia del a quo, dio aplicación al artículo 47 de la Ley 100 de 1993 por ser la norma efectivamente aplicable al caso, pero se duele, en el primer cargo, del entendimiento que le diera, o de su indebida aplicación por hacerle "producir efectos que la norma no contempla", en el segundo cargo, y advierte que a diferencia de la normatividad pensional anterior, en esta nueva regulación se superó el requisito de análisis de la 'culpa de la separación' para efectos de hacer valer el derecho aquí reclamado.

Destaca, frente a la señalada exigencia de convivencia, no menor a dos años continuos con el fallecido, que en manera alguna puede entenderse o considerarse alterada "por razones comprobadas de salud que impliquen la residencia en un lugar de salud (casa de ancianos, hospital, sanatorio o centro geriátrico)".

La oposición, por su parte, advierte que el artículo 7º del decreto 1889 de 1994 que citara el recurrente en su proposición, fue anulado por el Consejo de Estado. Por lo demás, afirma que si

bien el artículo 47 no hace referencia alguna a los motivos que generan la separación de hecho entre cónyuges, resulta indudable que éstos no son intrascendentes para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, como que "si la conducta de uno de los cónyuges priva al otro del derecho que tiene a convivir con su cónyuge, no puede de ello derivarse el perjuicio adicional de que pierda por ello el derecho a la pensión de supervivientes" y cita en su apoyo decisiones de la Corte Constitucional y de esta Corporación (fls. 35 a 39).

IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Procede la Sala al estudio del primer cargo orientado por la vía directa en la modalidad de interpretación errónea del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, previa advertencia de que en el subexamine no existe controversia alguna en torno a los siguientes aspectos relevantes de la contención: que CARLOS BARBERI ZAMORANO contrajo matrimonio con ARGELIA PERDOMO con quien no volvió a convivir por culpa de aquel; que antes de reunir BARBERI ZAMORANO los requisitos para acceder a la pensión patronal de jubilación, y durante los últimos 20 años anteriores a su deceso, convivió exclusivamente con la demandante (ELBA NUBIA JIMENEZ), quien ostentó la condición de compañera permanente hasta el día del fallecimiento de BARBERI acaecido el 31 de diciembre de 1994 cuando se encontraba disfrutando de la pensión de jubilación pagada por la empresa TECNOQUÍMICAS S.A., compartida con la de vejez reconocida por el seguro social, y que entre los meses de febrero y agosto de ese último año, el causante estuvo recluso en un centro geriátrico.

En este caso disputan la pensión de sobrevivientes la señora ARGELIA PERDOMO, en su condición de cónyuge, y ELBA NUBIA JIMENEZ, en su condición de compañera permanente durante los últimos 20 años anteriores al fallecimiento del causante. En verdad la demandada no se opuso a pagar la sustitución de la pensión que venía disfrutando BARBERI ZAMORANO. Su postura procesal se circunscribió a respetar lo que la justicia decidiera sobre la verdadera derecho habiente.

Sea lo primero expresar que habida consideración del espíritu uniformador de la Ley 100 de 1993, las pensiones de jubilación compartidas que han venido reconociendo las empresas del sector privado, salvo lo dispuesto en el artículo 36 de la misma sobre régimen de transición, también están sujetas actualmente a dicha normativa, ya que de conformidad con el artículo 11 ibidem están dentro del campo de aplicación de esa Ley, entre otras, "las pensiones de jubilación". Además, con arreglo al artículo 279 ejusdem, - sin perjuicio de las particularidades contenidas en los regímenes especiales -, las pensiones de jubilación del sector particular expresamente excluidas del campo de aplicación son las reconocidas por "empresas que al empezar a regir la presente Ley estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones y mientras dure el respectivo concordato", por lo que al no quedar exceptuadas las pensiones compartidas pagadas por empresas particulares, se les debe aplicar en lo pertinente la Ley 100.

Refuerza el anterior aserto, la propia reglamentación de la mencionada Ley, específicamente el artículo primero del decreto 813 de 1994 cuando al referirse al campo de aplicación del régimen de transición dispone que "será aplicable a la pensiones de vejez y jubilación de todos los trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones,...". Y agrega que, a contrario sensu, "no será aplicable a las pensiones de vejez o jubilación de los trabajadores de las entidades o empresas que de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, están exceptuados de la aplicación del sistema de seguridad social integral".

Aunque lo anterior es suficiente, importa recordar adicionalmente que la propia Ley 100, en su precepto final (artículo 289) derogó expresamente el régimen de pensiones patronales del sector particular "contenido en los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen o adicionen", el cual únicamente quedó vigente respecto de los trabajadores que se regían por el código y que quedaron exceptuados del campo de aplicación de la Ley por el artículo 279 de la misma.

Hecha la anterior precisión, y entrando en el estudio de legalidad de la sentencia gravada, debe aclararse que para confirmar la decisión del a quo que reconociera el derecho de la pensión reclamada en favor de la cónyuge supérstite, el tribunal se basó, en primer lugar, en el hecho de que como la separación del señor Carlos Barberi con la Señora Argelia Perdomo fue sin lugar a dudas por culpa del causante, carecía la compañera permanente del derecho a la sustitución pensional, por estar radicado en cabeza de quien fuera su cónyuge; y en segundo lugar, que tampoco le asistiría derecho a la demandante por no haber cumplido con el requisito exigido por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 - única disposición que invocó - dado que no compartió "los dos últimos años en forma continua con el causante..." por cuanto en tal lapso éste estuvo recluido durante 6 meses en un centro geriátrico.

El literal a) del artículo 47 en cuestión erige como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o a la compañera o compañero permanente supérstite y establece, a renglón seguido, los requisitos que estas personas deben reunir a efectos de recibir ese beneficio en los siguientes términos:

"En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido."

Aduce la censura que la referida disposición fue erróneamente interpretada por el ad quem en tanto deriva de ella, como relevante, "el asunto de quién fue el 'culpable' de la separación" y, de otra parte, entiende que "hechos circunstanciales" - como la señalada y no discutida reclusión del causante en un centro geriátrico - interrumpe la exigencia que de la convivencia hace la norma en cuestión.

En cuanto al primer aspecto cuestionado por la censura - la relevancia de la "culpabilidad" en la separación - observa la Sala que, tal como sentara en diversas oportunidades, entre ellas la decisión del 14 de agosto de 1996 citada por la oposición, cuando al pensionado fallecido le sobrevivían tanto su cónyuge como una compañera permanente, resulta cierto que hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993 en principio era el cónyuge supérstite, por el simple hecho de ostentar tal calidad, "el beneficiario primigenio de la pensión del otro consorte", quien perdía tal privilegio especialmente cuando en el momento del deceso del causante no hacía vida en común con él, salvo que se hallare en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía.

Sin embargo, como lo advierte el recurrente, a partir de la Constitución Política de 1991, se dio

un giro fundamental en lo que respecta al concepto de "familia", de modo que no sólo la constituye un primer vínculo matrimonial, sino también cuando después de haber cesado definitivamente la cohabitación dentro de éste, se desarrolla durante varios años otra efectiva comunidad de vida - legal o de hecho - cimentada sobre una real convivencia de la pareja, basada en la existencia de lazos afectivos y el ánimo de brindarse apoyo y colaboración, factores determinantes a efectos de construir el nuevo núcleo familiar. De suerte que cuando una pareja se une aún por vínculos naturales, fruto de una voluntad responsable y de la decisión libre de un hombre y una mujer de realizar una convivencia estable para constituirse en familia, también tiene la protección constitucional.

Y es precisamente dentro de este esquema que el nuevo sistema de seguridad social introducido por la Ley 100 de 1993 consagró en su artículo 47, para la compañera permanente la condición de beneficiaria cuando, habiéndose extinguido la convivencia del pensionado con su cónyuge, aquella reuniese cabalmente las nuevas condiciones para acceder a la pensión de sobrevivientes, y estableció concretamente que es la efectiva vida de pareja durante los años anteriores al deceso del pensionado, la que viene a legitimar la sustitución pensional, por encima de cualesquiera otra consideración.

Es que así lo estatuye textualmente la disposición en comentario: "En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido." (se subraya).

Lo anterior no obsta para precisar que si se da una convivencia simultánea del pensionado tanto con su cónyuge como con la compañera, la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en primer término, es la esposa, por cuanto así se desprende del artículo 7º del decreto 1889 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993. Pero en todo caso, para que el cónyuge tenga el derecho a la susodicha sustitución pensional, deberá cumplir "con los requisitos exigidos por los literales a) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993", como lo exige perentoriamente el artículo 9º del decreto citado. Y tales requisitos exigidos al cónyuge o al compañero permanente superviviente son, en este nuevo esquema normativo, en primer lugar, la convivencia efectiva con el pensionado al momento de su fallecimiento; en segundo término, la circunstancia de haber hecho vida marital responsable con el fallecido, al menos desde el momento en que éste adquirió el derecho a la pensión respectiva; y, en tercer lugar, el haber convivido con el pensionado no menos de dos años continuos con anterioridad a su muerte, requisito éste último que puede suplirse con el de haber procreado uno o más hijos con él, sin que tengan al efecto - ahora - incidencia alguna, las circunstancias en que se produjo la ruptura de la convivencia con su cónyuge, vale decir, si ésta se dio por causas imputables al causante o no, puesto que el presupuesto de ausencia de culpabilidad del fallecido no fue reproducido en la nueva preceptiva que reguló integralmente la materia con un fundamento y contenido diferentes.

También debe tenerse en cuenta que conforme lo prescribe el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la Ley y en este caso al literal a) del artículo 47 de la Ley 100, el cual fue declarado avenido a la Carta Fundamental por

la Corte Constitucional mediante sentencia C389/96.

En igual forma, aún si se estimare inadecuada por alguien la nueva regulación legal, su texto no puede desconocerse, entre otras razones porque lo favorable u odioso de una disposición no puede servir de pretexto para ampliar o restringir su interpretación, tal como lo prescribe el artículo 31 del código civil.

No está por demás insistir que en el caso sub examine la separación entre los cónyuges se produjo dos décadas atrás, sin que la culpa del marido pueda tener el carácter de irredimible o mucho menos imputarse o trasladarse a la compañera permanente, quien no tuvo culpa alguna sino por el contrario hizo vida marital responsable y estable con él durante los últimos 20 años y hasta el momento álgido de su existencia.

De otra parte, en cuanto al segundo aspecto cuestionado por el recurrente, esto es, la ruptura de la "continuidad" en la convivencia por el hecho - no discutido - de haber estado el causante recluido en un centro geriátrico durante 6 meses, encuentra la Sala que asiste razón a la censura al advertir que tal circunstancia, o cualesquiera otra constitutiva de fuerza mayor o de razón plenamente valedera y poderosa como el estar internado en una institución prestadora de servicios de salud, a lo sumo constituiría una interrupción en la contabilización del plazo de dos años, pero en manera alguna pueden reputarse como circunstancias enervantes del derecho a la pensión de sobrevivientes.

Ciertamente, situaciones como las señaladas, no suponen la intención de hacer cesar o suspender la vida en común de la pareja, sino que, por el contrario, bajo la necesaria continuidad del apoyo moral y colaboración, implican la búsqueda del bienestar del esposo (a) o, para el caso que nos ocupa, del compañero (a), o la necesaria protección a su salud o a su propia vida, por lo que mal podría entenderse, como lo hizo equivocadamente el ad quem, que invaliden la exigida continuidad en la convivencia, mucho menos en el caso bajo examen cuando transcurrieron más 20 años de indiscutible unión marital, como lo dio por probado el propio tribunal.

También importa precisar que para efectos de la pensión de sobrevivientes de la Ley 100, la exigencia adicional de convivencia durante los dos últimos años no se opone al hecho de que se trate de una persona enferma o que por ser "demasiada anciana no puede cumplir los deberes maritales completos" - para emplear las voces de uno de los intervinientes en el juicio -, dado que más que una convivencia material o sexual comporta una comunidad de vida familiar, con vocación de estabilidad, solidaria y responsable.

Por manera que negar el derecho a quien cohabitó con una persona enferma, socorriéndola y brindándole el apoyo durante un tiempo tan prolongado, no solamente se apartaría del sentido y alcance de la nueva preceptiva, sino también entrañaría una aberrante injusticia.

De todo lo visto se desprende que el tribunal interpretó erróneamente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, denunciado por la censura en el cargo analizado y en consecuencia, se casará el fallo conforme lo solicitó el recurrente al fijar el alcance de su impugnación.

No se estudiarán los demás cargos por perseguir idéntico objetivo.

En sede de instancia, y estando demostrado fehacientemente que ELBA NUBIA JIMÉNEZ

GUZMÁN ostentó durante más de 20 años la condición de compañera permanente de CARLOS BARBERI ZAMORANO, mediante convivencia que se inició antes de reunir éste los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación, socorriéndolo aún en los momentos de enfermedad y brindándole apoyo afectivo hasta el momento de su deceso, sin que sean necesarias consideraciones adicionales a las expresadas en el recurso, se revocará el fallo proferido por el Juzgado del conocimiento mediante el cual se declaró que quien tiene derecho a acceder a la pensión de jubilación del causante CARLOS BARBERI ZAMORANO es su cónyuge, ARGELIA PERDOMO, y en su lugar, se condenará a la demandada a pagar, en forma vitalicia, la reclamada pensión de sobrevivientes en favor de la demandante ELBA NUBIA JIMÉNEZ GUZMÁN, a partir del primero de enero de 1995, con sus reajustes y demás beneficios de Ley. Igualmente se ordenará al juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali entregarle a la señora JIMÉNEZ GUZMÁN los títulos judiciales que por pensión de jubilación de CARLOS BARBERI ZAMORANO ha puesto a su orden la sociedad TECNOQUÍMICAS S.A.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 7 de mayo de 1998 en el juicio seguido por ELBA NUBIA JIMÉNEZ GUZMÁN contra la sociedad TECNOQUÍMICAS S.A. y, en sede de instancia, REVOCA la dictada el 21 de noviembre de 1997 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esa ciudad para, en su lugar, condenar a dicha empresa a pagar a la demandante ELBA NUBIA JIMENEZ la sustitución de la pensión de jubilación que venía disfrutando su compañero permanente CARLOS BARBERI ZAMORANO, con sus reajustes y demás beneficios derivados de la condición de pensionada. Igualmente se ordena al juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali entregarle a la señora JIMÉNEZ GUZMÁN los títulos judiciales que por pensión de jubilación de CARLOS BARBERI ZAMORANO ha puesto a su orden la sociedad TECNOQUÍMICAS S.A.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal.

José Roberto Herrera Vergara

Francisco Escobar Henríquez

Rafael Méndez Arango

Salvamento de Voto

Jorge Iván Palacio Palacio

Germán G. Valdés Sánchez

Fernando Vásquez Botero

Ramón Zúñiga Valverde

Salvamento de Voto

LAURA MARGARITA MANOTAS GONZÁLEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación 11245

Considero que en este caso es a Argelia Perdomo de Barberi, viuda del pensionado Carlos

Barberi Zamorano, a quien corresponde el derecho a sustituirlo en la pensión de jubilación que le reconoció la sociedad anónima Tecnoquímicas, y no a la promotora de este proceso, Elba Nubia Jiménez, y por ello me aparto de la decisión que anuló la sentencia del Tribunal de Cali.

Dado que el cargo que prosperó fue el primero, en el cual se planteó la interpretación errónea del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 "en relación con los arts. 7º, 10º y 11 del Decreto Reglamentario 1189/94", como está dicho en la demanda, mis argumentos los circunscribiré a expresar las razones que me llevan a no compartir la tesis jurídica en la que la mayoría sustentó la sentencia; sin embargo, estimo que no sobra anotar que, en estricto rigor, el Tribunal de Cali no dio por probado el supuesto de hecho previsto en la norma legal que la recurrente señaló como mal interpretada, puesto que expresamente asentó que Elba Nubia Jiménez no convivió con Carlos Barberi Zamorano durante los dos últimos años, conforme resulta de la consideración del fallo en la que al pie de la letra está dicho lo siguiente: "Según los documentos que obran a folios 88 y 89 del cuaderno de primera instancia, el señor Carlos Barbery(sic) Zamorano estuvo recluso desde el 26 de febrero al 26 de agosto de 1994 en el Centro Gerontológico 'Mis Abuelos', o sea durante 6 meses; 3 meses después murió, por lo tanto no cumplió la demandante con el requisito exigido de haber compartido los dos últimos años en forma continua con el causante..." (folio 44, C. del Tribunal).

Por este solo motivo pienso que un cargo por la vía directa no estaba llamado a prosperar.

Pero como antes lo dije, son esencialmente jurídicas las razones que me obligan a separarme de la conclusión a la que llegó la mayoría, y ellas son las siguientes:

La principal, la de considerar que la pensión de jubilación que en vida disfrutó Carlos Barberi Zamorano no es una de las previstas en la Ley 100 de 1993, pues ni al "régimen solidario con prestación definida" ni al "régimen de ahorro individual con solidaridad", únicos que integran el sistema general de pensiones creado por dicha ley, corresponde la pensión de jubilación que la sociedad anónima Tecnoquímicas le pagaba por haber sido su patrono.

Las especiales características de los dos regímenes excluyentes consagrados en la Ley 100 de 1993 diferencian nítidamente las pensiones allí previstas de cualquier pensión de jubilación a cargo exclusivo del patrono y, por consiguiente, las normas legales anteriores a ella que regulan la sustitución pensional se mantienen en vigor, por no haber sido expresamente derogadas por el artículo 289 de dicha ley.

Significa lo antes dicho que el conflicto jurídico debió ser resuelto de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 12 de 1975, 113 de 1985 y 71 de 1988, al no poder considerarse que haya operado la derogación implícita de tales textos legales, como tampoco la insubsistencia del Decreto 1160 de 1989, reglamentario de la última de las leyes antes mencionadas.

Partiendo de este supuesto normativo, resulta para mí indiscutible que a quien debió sustituirse la pensión de jubilación fue a la cónyuge sobreviviente y no a quien adujo su condición de compañera permanente, puesto que la Ley 12 de 1975 claramente dispone que el cónyuge pierde el derecho a la pensión cuando la falta de convivencia se deba a culpa suya, por tal motivo, y razonando en contrario, si los cónyuges no convivían pero la culpa la tuvo el que falleció, como aquí está probado sucedió, la pensión que disfrutaba quien murió se sustituye al cónyuge que no fue culpable de la separación.

Pero inclusive si, en gracia de discusión, se admitiera que efectivamente operó una derogación tácita de las normas que regulaban lo atinente a la sustitución de las pensiones de jubilación a

cargo directo de quien fue patrono del pensionado, y que, como lo supuso la recurrente y lo aceptó la mayoría, el caso debía ser resuelto a la luz del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 7º, 10º y 11 del Decreto 1189 de 1994, ocurriría entonces que tampoco estas normas, correctamente entendidas, desconocen la prevalencia de la cónyuge sobreviviente sobre la compañera permanente.

Ello por cuanto el artículo 7º del Decreto 1889 de 1994 expresamente dispone que "para efectos de los literales a) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 y 49 del Decreto 1295 de 1994, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en primer término, el cónyuge. A falta de éste, el compañero o compañera permanente".

No debe pasarse por alto que esta norma reglamentaria fue demandada ante el Consejo de Estado con la explícita pretensión de que se declararan nulas las expresiones "en primer término" y "a falta de éste" del inciso 2º del susodicho artículo, habiendo resuelto el máximo organismo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en sentencia de 8 de octubre de 1998 sobre la legalidad de las expresiones, razón por la cual negó estas específicas súplicas de quien demandó la anulación parcial del precepto reglamentario. Como es sabido los fallos en esta materia tienen efectos erga omnes.

Por este motivo, si el Consejo de Estado juzgó que al reglamentarse el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 --para contraer mi exposición a esta norma que es la interpretada en la sentencia que no comparto-- no se extralimitó en sus funciones el Presidente de la República, con independencia de que se comparta o no la argumentación expresada en la sentencia, resulta imperativo someterse a la decisión, lo que significa que, habiéndose integrado una unidad normativa entre el artículo reglamentado y el precepto reglamentario, el intérprete de la ley está obligado a leer la norma tal como quedó ella al complementarse el texto legal con la disposición reglamentaria.

Vale decir, que el derecho a la pensión de sobrevivientes lo tiene el cónyuge, en primer término, y sólo a falta de éste, el compañero o compañera permanente.

Como lo dije al comienzo, mi opinión personal es la de que siguen vigentes las normas que regulan la sustitución pensional anteriores a la Ley 100 de 1993, en aquellos casos en que la pensión no es una de las que corresponde al régimen general de pensiones creado por ella, sino, como aquí sucede, una pensión pagada directamente por quien fuera patrono del pensionado, y es por esta razón que sólo acepto, en gracia de discusión, que el artículo 47 de dicha ley sea el aplicable al caso, para demostrar que inclusive frente a esta norma se mantiene la preferencia del cónyuge sobre el compañero o compañera permanente, por lo que siempre será menester determinar si fue por culpa del cónyuge sobreviviente que no vivía unido al otro en el momento de fallecer quien estaba pensionado.

Como en la sentencia, acogiendo los planteamientos de la recurrente, se alude a la vigente Constitución Política para fundar el aserto de que en ella "se dio un giro fundamental en lo que respecta al concepto de 'familia'", pues, según el fallo, ahora sí se reconoce la familia natural, creo pertinente señalar que la Ley 45 de 1936, al reformar el Código Civil en lo atinente a la afiliación natural, reconoció la "familia natural"; familia formada por la sola relación entre un hombre y una mujer, que en ocasiones conviven y en otras no, que es en muchísimos siglos anterior a la flamante constitución de 1991. En ésto, como en casi todos los aspectos que se han calificado de innovación, no existe ninguna novedad; ni tampoco se produjo una "revolución copernicana" por haber plasmado en un artículo constitucional que dos son las formas de constituirse la familia: una mediante el matrimonio y otra sin que medie dicho vínculo jurídico.

Por lo demás, cuando el artículo 42 de la Constitución Política reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y estatuye que ella "se constituye por vínculos naturales o jurídicos" no crea una nueva realidad, simplemente, y de manera más modesta, se limita a reconocer un hecho muy anterior a la vigencia de la constitución, como lo es el de que hay hombres y mujeres que contraen matrimonio y otros que no lo hacen, pero, no obstante, forman una familia, sea que procreen hijos o que no lo hagan.

Pero de ese texto constitucional racionalmente no se desprende que ahora sea exactamente lo mismo contraer matrimonio o tomar la decisión de conformar responsablemente una familia, la que, sin embargo no está precedida del vínculo jurídico del matrimonio.

Ademas de la Ley 45 de 1936, resulta pertinente recordar que antes de la Constitución Política de 1991, mediante la Ley 54 de 1990 fueron definidas "las uniones maritales de hecho y [el] régimen patrimonial entre compañeros permanentes".

Es cierto que esta es una ley para regular los efectos de la "sociedad patrimonial" entre compañeros permanentes; pero en el artículo 3º de la Ley 54 de 1990 expresamente se dispone que "el patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenecen por partes iguales a ambos compañeros permanentes", por lo que no parece descabellado considerar que las prescripciones de dicha ley deben ser tomadas en cuenta por los jueces del trabajo cuando deban resolver los asuntos de su competencia; y ocurre que en el artículo 2º de dicha ley se establece como una condición para que haya lugar a declarar judicialmente la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, que la "unión marital de hecho", además de haber existido por un lapso no inferior a dos años, lo haya sido "entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio"; y para el caso de que exista impedimento legal de los compañeros para contraer matrimonio, se hace necesario que "la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho".

De estas normas, anteriores a la Constitución Política en vigor, y que muestran palmariamente que antes de 1991 estaba legalmente regulada la "familia natural", por lo que no se trata de ninguna invención de la asamblea constitucional de ese año, resulta, según yo lo entiendo, que aun cuando existe la opción de formar una familia mediante el vínculo jurídico del matrimonio o por la decisión libre de convivir responsablemente, en principio quienes conforman esta unión marital deben ser solteros; pero si no lo son, la sociedad o sociedades conyugales que uno o ambos integrantes de la pareja tenían antes de convertirse en compañeros permanentes, deben haberse disuelto y liquidado, por lo menos un año antes a la convivencia marital, para que resulte procedente declarar judicialmente "esa sociedad patrimonial entre compañeros permanentes", de cuyo haber hace parte "el patrimonio o capital producto del trabajo".

Como en este caso está plenamente probado que la sociedad conyugal entre Carlos Barberi Zamorano y Argelia Perdomo de Barberi no se disolvió, e igualmente está plenamente probado que el pensionado Carlos Barberi Zamorano fue condenado "a suministrar alimentos congruos para toda la vida, a su esposa señora Argelia Perdomo de Barberi" (folio 76), y en el cargo no se discutió que el culpable de la separación de los esposos fue Barberi Zamorano, resultaba imperativo, a mi juicio, haber concluido que el derecho a la pensión de sobrevivientes corresponde a Argelia Perdomo de Barberi, como cónyuge supérstite, por cuanto no fue por su culpa que no vivieran ellos unidos en el momento en el que aquél murió.

No puedo finalizar sin reconocer que la solución del caso resulta realmente difícil, y debo

expresamente dejar testimonio del propósito justiciero que anima la decisión de la mayoría; sin embargo, en mi personal criterio, en este caso la ley, y la misma justicia, reclamaban una solución diferente, puesto que nadie puede, por su decisión unilateral, desligarse de los vínculos jurídicos y legales que lo atan a otro, mucho menos cuando ese vínculo es el del matrimonio, y por la misma razón, no es dable sustraerse a las obligaciones que surgen de la condición de esposos, las cuales no desaparecen por la sola circunstancia de que el cónyuge culpable de la separación opte por formar otra familia diferente.

Dejo en estos términos expresadas las razones que me mueven a salvar el voto.

RAFAEL MENDEZ ARANGO

Santa Fe de Bogotá, D.C., 5 de marzo de 1999

Salvamento de Voto

Radicación Nro. 11245

Como no comparto la decisión que se profirió al resolver la Corte el recurso de casación interpuesto por Alba Nubia Jiménez Guzmán en el proceso que promovió contra la Sociedad Tecnoquímica S.A., me permito salvar el voto en los siguientes términos.

En no pocas ocasiones esta Sala, y he estado de acuerdo con ello, se ha separado de la literalidad del articulado de la ley 100 de 1993 para la solución de controversias que han llegado a su conocimiento. Basta con citar los asuntos en que se ha concedido la pensión de sobrevivientes no obstante no cumplirse con el requisito que exige el literal "a" o el "b" del numeral 1º del artículo 46 de tal estatuto, o no darse el supuesto a que alude el artículo 47 ibídem para la sustitución pensional por muerte del pensionado, relativo a que "el cónyuge o la compañera o compañero permanente superstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez".

En el primer caso la Corte, entre otros planteamientos para sustentar su posición, expuso: "Así mismo, no escapa la Sala que ante una contradicción tan evidente, impone el sentido común el imperio de una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y proporcionalidad. Y en tal orden de ideas se apartaría de estos postulados la decisión jurisdiccional que sin ningún análisis contextual aplicara al caso el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y so pretexto de haberse producido el deceso a los 3 meses y 23 días de entrar en vigencia el nuevo régimen de seguridad y de no tener cotizadas el causante 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, se negase a sus derechohabientes la pensión de sobrevivientes, que edificó el afiliado durante más de 20 años, las que le daban derecho a causar no solo pensión de sobrevivientes sino aún a estructurar el requisito de aportes para la pensión de vejez" (sent. agosto 13 de 1997, rad. 9758).

Y en el segundo dio como una de las razones que: "(...) en consecuencia, los pensionados antes de la vigencia de la nueva Ley, que tenían el período de convivencia permanente señalado en las disposiciones precedentes, consolidaron el derecho a transmitir la pensión quienes devengaban en favor de su cónyuge supertite, compañero o compañera permanente o hijos con derechos, según el caso, en el mismo monto y condiciones estatuidos en la Legislación vigente al momento en que se consolidaron las circunstancias mencionadas. Esos pensionados, al haberse definido antes de la Ley 100 una situación jurídica en su favor, originada en el derecho a la pensión y la

convivencia permanente, tienen derecho a seguir amparados por la normatividad anterior (...)” (Sent. abril 17 de 1998, rad. 10406).

Y traigo a colación los dos aludidos criterios jurisprudenciales, para precisar que no encuentro razonable que en la sentencia de la que me aparto se invoque el artículo 31 del código civil para sostener: "(...) si se estimare inadecuado por alguien la nueva regulación legal, (se refiere al literal a del artículo 47 de la ley 100), su texto no puede desconocerse, entre otras razones porque lo favorable u odioso de una disposición no puede servir de pretexto para ampliar o restringir su interpretación, tal como lo prescribe el artículo 31 del código civil". Asimismo, tampoco es argumento válido que, con igual fin, la mayoría aduzca la sentencia de constitucionalidad "C-389/96", ya que si bien en ella se declaró avenido a la Carta el literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, el examen de constitucionalidad se hizo teniendo en cuenta que el demandante estimó que no se ajustaba a la misma el aparte del precepto legal que expresa: "salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido", como también porque el término "procrear", al excluir los hijos adoptivos, quebrantaba "la igualdad entre las diferentes clases de hijos"; no cobijó entonces la declaratoria de exequibilidad el tema central que se debate en el recurso extraordinario de casación, así éste haya hecho referencia, pero para otro efecto, a la disputa de la pensión de sobrevivientes entre el cónyuge y la compañera permanente. Además, no se puede pasar por alto que el citado fallo constitucional dijo:

"Como vemos, el problema a ser resuelto en este caso es si las exigencias establecidas por la ley para el cónyuge o compañero permanente accedan a la sustitución pensional violan la igualdad. Sin embargo, como existe una diferencia interpretativa entre el actor y el Ministerio público sobre el alcance mismo de la impugnada, debe la Corte comenzar por precisar el sentido de la disposición legal acusada. Esto no significa que esta Corporación esté limitando la autonomía funcional de los jueces ordinario, que es a quienes compete la determinación del sentido de estas normas legales frente al caso concreto. Por ello, la Corte tiene bien establecido que no es a ella a quien compete, como regla general, establecer cuál es el sentido autorizado en las normas legales pues la Constitución consagra una separación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria. Sin embargo, un proceso de control de constitucionalidad implica siempre un juicio racional que busca determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales. Este juicio no es entonces posible sino se establece previamente el significado de la norma legal, por lo cual ningún Tribunal constitucional puede entonces eludir la interpretación de las normas legales, lo cual provoca una constante inter relación de los asuntos legales y constitucionales (...)"

De modo, pues, que como, en mi sentir, no hay obstáculo constitucional ni legal para que al literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993 se le dé un alcance diferente al que se desprende de su textualidad, es por lo que estimo que los artículos 1º, 2-b., 11, 134-5 y 289 de la misma ley 100, y los artículos 42, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, posibilitaban e imponían llegar a la conclusión, aplicable para este asunto, que se encuentran vigentes las normas legales anteriores a la ley que creó el "Sistema de Seguridad Social Integral" y que regulan, para efectos de la sustitución pensional, la situación del cónyuge supérstite que no haga vida común con el causante al momento de su muerte por "hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía", tal como lo prevé el decreto 1160 de 1989, reglamentario de la ley 71 de 1988, para no citar sino el último estatuto que se refiere a este tema.

Y están vigentes porque no pueden considerarse como derogadas por la ley 100 de 1993, artículo

289, al no ser contraria a los principios elementales de la seguridad social, ni a la lógica y a la equidad; aunque, también hay que decirlo, al artículo 7º del mencionado decreto 1160 de 1989 hay que armonizarlo con el texto del literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, para así encontrar una solución que consulte la razón de ser de ambas disposiciones.

Creo que si bien es cierto que la Constitución Política de 1991 dio, como lo dice la sentencia de la que discrepo, un "giro" en el concepto de "familia", también lo es que ello no puede llevarse hasta el extremo de entender que cuando se constituye un "nuevo núcleo familiar", "por la voluntad responsable de conformarla", cesan todas las responsabilidades y obligaciones con la persona con quien se había integrado uno anterior en razón de matrimonio, y que por ende, el cónyuge abandonado, siendo inocente de la no convivencia, que es una de las obligaciones que aquel le imponía, pierda o se le extingan los derechos que tal condición le confiere. Y no es así porque, igualmente, ellos están protegidos por el artículo 42 de la Carta cuando dice: "las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, su separación y la solución del vínculo, se rigen por la ley civil".

Es por lo anterior que, aceptando, en gracia de discusión, el criterio de la mayoría, o sea, que lo único que confiere el derecho a la pensión de sobrevivientes es "la vida marital" con el pensionado, en los momentos y durante el lapso que fija el artículo 47, y consecuencialmente el 74, de la ley 100 de 1993, no entiendo por qué para "la compañera o compañero permanente supérstite", como lo dice la sentencia, puede presentarse circunstancias materiales que justifiquen esa no convivencia, y en cambio, respecto al cónyuge, carezca de tal connotación la conducta del pensionado que la imposibilitó por haber abandonado el hogar sin justa causa o impedido su acercamiento o compañía, que son los casos que prevé el artículo 7º del decreto 1160 de 1989 para que el cónyuge sobreviviente, a pesar de no hacer "vida común" (hoy "vida marital"), no pierda el derecho a la sustitución pensional.

Asimismo, tampoco me parece razonable, así se cite para ello el artículo 7º del decreto 1889 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, que se sostenga que cuando se "da una convivencia simultánea del pensionado", en ese caso sí tiene derecho la "esposa" con exclusión de la compañera. Y no es razonable porque en esa situación se está haciendo depender la existencia del derecho a la sustitución pensional, bien a la tolerancia del cónyuge de una conducta irregular de su pareja o al desconocimiento de la misma; tratamiento que resulta manifiestamente inequitativo con el cónyuge que es abandonado sin justa causa por el otro.

De otra parte, también se pasó por alto al acogerse la decisión de la que disiento, que cuando el cónyuge es abandonado sin justa causa o su pareja le impide su acercamiento o compañía, la ley, como lo expresa el artículo 42 de la constitución Política, le concede el derecho para demandar y obtener, según el caso, la separación de cuerpos o el divorcio y, consecuencialmente, solicitar el suministro de alimentos, como también para garantizar el pago de estos, el embargo y secuestro de créditos sociales que estén en cabeza de aquél, entre los que se encuentra, obviamente, la pensión de jubilación, vejez o invalidez; la que inclusive puede ser objeto de esa medida cautelar así el pensionado haga vida marital con otra persona, la que, además, podría ser, según el criterio de la mayoría, la llamada posteriormente a disfrutar de la pensión de sobrevivientes.

Aludo a lo anterior para destacar que en mi criterio dicho derecho del cónyuge no culpable, no se extingue ni puede ser desconocido por la muerte del pensionado, ya que ese suceso tampoco hace desaparecer los motivos que dieron origen al mismo; y sería más que contradictorio que si el compañero o la compañera permanente que en vida de su pareja tuvo que soportar directa o indirectamente las consecuencias de esa medida cautelar, no tenga que hacerlo en virtud de la

sustitución pensional que regula el artículo 47 de la ley 100 de 1993. Valga observar que esta situación se presenta en este proceso porque con sentencia del Juzgado Quinto Civil Municipal del 29 de abril de 1987, se condenó al causante "a suministrar alimentos congruos, para toda la vida, a su esposa señora Argelia Perdomo de Barbarie, en cuantía del quince por ciento (15%) de los valores que a título de pensión de jubilación recibe de las Fuerzas Armadas, Tecnoquímica Ltda., e Instituto de Seguros Sociales (ISS), además del total de la renta que produce el apartamento No. 401, ubicado en la calle 12 # 1-24 de la ciudad de Ibagué (...)" ; descuento que se le venía haciendo por "Tecnoquímica" para la fecha de su fallecimiento.

Es de agregar que el precitado planteamiento es predicable, asimismo, cuando el cónyuge abandonado, sin acudir a la justicia, reciba del otro "contribución" para su sostenimiento.

Aunque podría citar otras incongruencias que me impidieron aceptar la interpretación que hace la Sala del literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, las ya relacionadas son suficientes para aseverar que esa disposición debió y debe armonizarse con el artículo 7º del decreto reglamentario 1160 de 1989, en concordancia con el artículo 42 de la Constitución Política, para concluir que con ella no se quiso desconocer el derecho que la segunda normatividad concede al cónyuge que se encuentra en las circunstancias allí previstas, pero, igualmente, que el nuevo texto legal impide que por la sola existencia de éste, el compañero o compañera supérstite carezca del derecho de obtener la pensión de sobrevivientes, sino que se abrió la posibilidad de que ambos puedan concurrir a su disfrute.

Una interpretación de ambos preceptos legales en tal sentido, se ajustaría, en primer lugar, al nuevo texto constitucional que reconoce y protege la familia constituida no solo por el "matrimonio" sino también a la que es fruto de la "voluntad responsable de conformarla"; en segundo término, a la finalidad que persigue la llamada pensión de sobrevivientes, que como lo ha dicho, de vieja data, esta Sala de Casación Laboral, es la de amparar el "estado de viudez y orfandad", y para la Corte Constitucional, en la sentencia "C-389/96", citada por la mayoría, "(...) impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de una pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, (...)". Y si bien en esta decisión se anota que "(...) la legislación colombiana acoge un criterio material –esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte– como elemento central para determinar quien es el beneficiario de la sustitución pensional (...)", también es de advertir que en el mismo, para explicar la finalidad de aquélla, se cita el fallo de tutela T-190/93 del 12 de mayo de 1993, en el que igualmente se dijo: "(...) Es por ello que la ley ha establecido la pérdida de este derecho para el cónyuge supérstite que en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo la existencia de justa causa imputable a la conducta del fallecido (L.12 de 1975, art. 2 y D.R. 1160 de 1989)"

Por último, debo aclarar que como el concepto de violación de la ley que la Corte encontró incurrió el Tribunal en este asunto, es el de la interpretación errónea del literal a. del artículo 47 de la ley 100 de 1993, no encuentro pertinente entrar a resaltar, de una manera específica, si las circunstancias de hecho en este proceso justifican o no el entendimiento que acogió la mayoría, pues estimo que el alcance fijado no depende de la casuística, si no que es el único que debe dársele a tal norma, y debe ser aplicado a todas las situaciones en que cónyuge y compañero o compañera supérstites se disputen el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Santafé de Bogotá, D.C., marzo cuatro (4) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

FERNANDO VÁSQUEZ BOTERO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

