

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Referencia: Expediente No. 24445

Acta No.48

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil cinco (2005).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado OSCAR DE JESÚS ÁLVAREZ FRANCO contra la sentencia del 16 de abril de 2004 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso seguido por el recurrentes contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y YENNY ALEJANDRA ÁLVAREZRAIGOZA.

I-. ANTECEDENTES

En lo que interesa a los efectos del recurso extraordinario basta señalar que el citado demandante, quien pretende el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge, Laura Rosa Raigoza Ortega, cuestiona la decisión por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín decidió revocar en su integridad la decisión del juzgador de primer grado que había condenado al Instituto demandado al pago de la deprecada pensión para, en su lugar, absolverla de las pretensiones de la parte actora.

Afirma que contrajo matrimonio con la asegurada el 24 de diciembre de 1975. De esa unión nació Yenny Alejandra, actualmente menor de edad. La causante estaba afiliada al ISS "y tenía mas de 26 semanas de cotización". El ente demandado le negó el derecho en cuestión por cuanto "no convivía con la señora RAIGOZA ORTEGA desde hacía mas (sic) de diez años..." y reconoció la pensión a la hija menor de la pareja (fl.2).

II-. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En relación con el punto cuestionado por la censura -la aplicación del artículo 7º del decreto 1889 de 1994 al sub giudice- luego de determinar que "la Corte ... es del criterio de que el requisito de la convivencia marital se exige para el cónyuge o compañero (a) del 'pensionado' y no para la del 'afiliado', advirtió el ad quem que "como el actor quiere hacer valer la calidad de cónyuge, para la prosperidad de su pretensión ha de acreditar que no ha perdido esa condición".

En este orden de ideas se remitió al artículo 7º del decreto 1889 de 1994 que reglamentó el inciso 2o, literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993 "en cuanto al entendimiento de la calidad de cónyuge, para este efecto" y expresó:

"La precedente norma, contempla la enumeración taxativa de los casos en que debe entenderse que falta el cónyuge, entre los que se encuentra el del literal e) ... que alude a 'cuando la pareja lleve cinco o más años de separación de hecho', lo que llevado al presente asunto significa que debe entenderse que falta el cónyuge, pues según las declaraciones de ... y la propia confesión del accionante tanto en la diligencia de conciliación extrajuicio sobre custodia, cuidado personal y alimentos para la hija menor ... como en el interrogatorio de parte que absolvió ... éste llevaba aproximadamente entre ocho y diez años de separación de hecho de su cónyuge, en todo caso más de cinco años. Esa normatividad estaba plenamente vigente para la fecha del fallecimiento de la asegurada y es aplicable por hacer parte en ese entonces del ordenamiento jurídico colombiano, de lo cual se infiere que el accionante perdió el derecho a la pensión de sobrevivientes porque según esa disposición debe entenderse que falta el cónyuge supérstite".

Hizo referencia a pronunciamiento de esta Corporación sobre el particular para advertir que "La conclusión a la que acaba de llegar la Sala, no se desconfigura por el hecho de que el inciso 2° del art.7° del Decreto 1889 de 1994, que consagra los eventos en que debe entenderse que falta el cónyuge, hubiera sido declarado nulo por el Consejo de Estado ... por lo siguiente:

"Es verdad que casi cuatro meses después de la fecha de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia cuyos apartes se reprodujeron ut supra, el Consejo de Estado ... mediante sentencia No. 14634 del 08 de octubre de 1998, declaró nula esa norma, junto con otras disposiciones del mismo Decreto ... lo que haría pensar que ese precepto salió del ordenamiento jurídico y entonces ya no habría motivo legal para entender que 'falta el cónyuge' y por lo tanto volvería a retomarse el contenido del art.47 de la Ley 100 de 1993, que involucra el término simple y llana de 'cónyuge', condición que se probaría con el solo registro civil de matrimonio".

Transcribió apartes pertinentes de la referida decisión de nulidad del Consejo de Estado y concluyó:

"No obstante esa declaratoria de nulidad, no debe olvidarse que esta figura jurídica solo tiene efectos hacia el futuro y no en forma retroactiva y para la fecha del fallecimiento de la afiliada, que fue el 18 de agosto de 1998, aún no se había dictado la sentencia del Consejo de Estado que anuló el precepto que contenía los eventos en que se entiende la falta de cónyuge, lo que quiere decir que dicha normativa estaba vigente para ese entonces y como dijo la Corte Suprema ... en la sentencia parcialmente reproducida atrás, mientras la norma no se hubiere declarado nula conserva todo su imperio y no puede el juzgador apartarse de su mandato. Siendo ello así hay que concluir que ante la separación de hecho por más de cinco años entre los consortes, debe entenderse que 'falta el cónyuge', lo que le hace perder el derecho a la pensión de sobrevivientes, resultando de paso inocua la conciliación celebrada ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Rionegro, el 27 de octubre de 1999, entre el padre de la menor y la defensora de familia, pues aunque aparece el actor cediendo el 75% de tal pensión, mediante conciliación voluntaria, asistido de su apoderado, celebrada ante autoridad competente y libre de vicios, a título de obligación alimentaria para con su descendiente (además albina y con discapacidad cognitiva-autismo infantil...) ... lo cierto es que la prestación no estaba radicada legalmente en su cabeza ... ya que nunca le había sido reconocida y por lo tanto nada tenía para transmitir" (fl.161).

III-. RECURSO DE CASACIÓN

Inconforme la parte demandante, pretende que la Corte case totalmente la sentencia impugnada "en cuanto confirmó la absolución dispuesta por el A quo" con el fin de que, en sede de instancia, confirme la de primer grado "con la adición de condenar a los intereses moratorios del

artículo 141 de la Ley 100 de 1993".

Con tal propósito formula un único cargo, no replicado por las partes demandadas, en el que, por vía directa, acusa la "aplicación indebida del artículo 7º del Decreto 1889 de 1994, en relación con los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, 50, 141, 142 ibídem. Artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional".

En su demostración cuestiona que no obstante haber precisado el sentenciador "que la convivencia para el momento del fallecimiento de un asegurado (que no de un pensionado) no es exigible al cónyuge", hubiese negado la prestación en cuestión "aludiendo que los efectos de la declaratoria de nulidad del inciso segundo del artículo 7 del Decreto 1889 de 1994 son hacia el futuro, es decir, que no tiene efecto retroactivo ...".

Destaca que "los efectos (sic) de la declaratoria de nulidad de una disposición del orden legal, justificada por el consejo de estado, tiene efectos ex tunc, es decir, que retrotrae su nulidad y se toma como desaparecida del mundo jurídico desde su fecha de vigencia, lo que conduce a decir, sin dubitaciones que nunca produjo efectos en derecho" y alega que como el ad quem "aplicó una norma que, aunque posteriormente anulada, no podía regular el sub lite, es palmar que incurrió en la aplicación indebida de tal normativa...".

Transcribe apartes de pronunciamientos de esta Corporación sobre el particular y concluye que "el tribunal no podía aplicar la disposición acusada, habida cuenta que fue anulada por el Consejo de Estado en providencia del 8 de octubre de 1998, pocos días después del fallecimiento de la asegurada que acaeció el 28 de agosto de la misma anualidad; esa declaratoria de nulidad implica que dicha disposición nunca produjo efectos en derecho".

IV-. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Advierte la Sala, en primer lugar, que al formular el alcance de la impugnación, la censura incurre en una serie de imprecisiones, que si bien no impiden a la Corte abordar el estudio de fondo de la acusación, denotan falta de atención y van en contra de la claridad y coherencia con que debe presentarse el petitum de una demanda de casación. Así, se observa que el recurrente pretende la infirmación de la sentencia impugnada "en cuanto confirmó la absolución dispuesta por el A quo", siendo que, como él mismo lo anotara renglones atrás en el 'Resumen de los Hechos Litigiosos', el tribunal lo que hizo fue revocar la decisión condenatoria del juzgador de primer grado. De otra parte, tampoco es acertada su solicitud para que, en sede de instancia, se confirme el fallo del a quo "con la adición de condenar a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993", como que tal condena fue dispuesta en dicha providencia en su numeral 3º al señalar que el instituto demandado debía pagar las mesadas "con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 ...".

En lo que respecta al fondo de la acusación, asiste razón a la censura al advertir que el sentenciador aplicó indebidamente el artículo 7º del decreto 1889 de 1994 en tanto fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia del 8 de octubre de 1998, precisamente en cuanto consagra las causales de pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes.

El punto debatido, esto es, si los efectos de tal declaratoria de nulidad sólo operan "hacia el futuro y no en forma retroactiva" como lo considera el tribunal, o si, como lo alega el recurrente, éstos son ex tunc, es decir, que se retrotraen a la fecha de expedición del acto anulado, ya ha sido definido por esta Corporación en el sentido de dar la razón a este último.

Así, basta remitirse a lo precisado en sentencia del 11 de mayo de 2004 (rad.21899) al analizar situación semejante, en los siguientes términos:

"...los efectos de las providencias de la jurisdicción contencioso administrativa que retiran del ordenamiento jurídico un precepto operan desde el origen del acto, esto es, desde que comienza su vigencia, y no desde la declaratoria de su suspensión provisional o de su nulidad. Sobre este punto en sentencia de esta Sala del 9 de agosto de 2001, radicada con el número 15782, se anotó en relación con la suspensión provisional de normas legales ordenadas por el Consejo de Estado, lo siguiente:

"En primer lugar, precisa la Sala que si bien para las fechas en que ocurrió el deceso de los hijos de la demandante estaba en vigor en su integridad el artículo 16 del Decreto Reglamentario 1889 de 1994, posteriormente se produjo su suspensión provisional parcial, que impedía tenerlo como disposición integrante del universo normativo, por lo que es fundado el reproche de haber sido aplicado indebidamente por el ad quem, toda vez que los efectos de las providencias de la jurisdicción contencioso administrativo que retiran del ordenamiento jurídico un precepto operan desde el origen del acto, esto es, desde que comienza su vigencia, y no desde la declaratoria de su suspensión provisional o de su nulidad.

La Sala de Consulta del Consejo de Estado en concepto del 24 de abril de 1981, sintetizó la jurisprudencia de esa Corporación sobre el tema aquí analizado en los siguientes términos:

"La suspensión provisional, si no implica insubsistencia del acto, es un juzgamiento provisional del mismo, mientras se profiere sentencia que decida si infringe o no las disposiciones de jerarquía superior invocadas en la demanda. Por consiguiente, con la misma provisionalidad, esta medida cautelar tiene efectos ex tunc, desde cuando el acto tuvo vigencia, no idénticos, pero semejantes a los de la sentencia que declare su nulidad. Se diferencia en que, mientras ésta es definitiva, aquella es temporal o transitoria..."

Este mismo criterio fue acogido por la Corte Constitucional en sentencia C 069/95 del 23 febrero de 1995, cuando declaró exequible el precepto que regla la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos (artículo 66 del código contencioso administrativo decreto 01 de 1984).

A su turno, el Consejo de Estado en sentencia del 22 de mayo de 1974, Rad. 2013 se pronunció en los siguientes términos:

"B. La teoría de la equiparación de efectos entre la sentencia de inexequibilidad y la declaratoria de nulidad.

"La sentencia de inexequibilidad como la de nulidad hacen desaparecer el acto del mundo jurídico con un efecto absoluto hacia el futuro de suerte que ha de reputársele como inexistente a partir del fallo. Hacia el pasado también debe reputársele como si no hubiere existido jamás, "mas, como el acto inconstitucional ha podido producir efectos a pesar de que se le llame inexequible; la sentencia que así lo declare debe, para ser consecuente con la verdad de los hechos y con los propósitos que con ella se persiguen, tener la misma generalidad que tendría una nueva Ley que consignase la disposición contraria a la inexequible, ya que es imposible concebir que no haya existido lo que existió, que no se haya ejecutado lo que se ejecutó" (Estudio de Fernando Garavito citado por la Sala de Consulta del C. de E. Anales T. LXII números 387 a

391) "cuando la desaparición del precepto tiene por base un fallo del órgano contralor de la integridad constitucional siendo éste declarativo en cuanto se limita a reconocer la existencia de un vicio nacido con la vigencia del acto demandado, sus efectos en el tiempo se cumplen desde tal vigencia, con la excepción antes apuntada de aquellos casos que hayan quedado cubiertos por el principio de la cosa juzgada" (Concepto del Consejo de Estado en referencia)" (subraya la Corte)".

Conforme a las consideraciones transcritas, el cargo enderezado a demostrar la aplicación indebida del inciso 2º del artículo 7 del Decreto 1889 de 1994 resulta fundado. No obstante, no es posible quebrar el fallo impugnado, por cuanto en instancia se llegaría a la misma decisión absolutoria del tribunal, por las razones que se exponen a continuación, previa advertencia de que en el sub judice no se discute la condición de "afiliada" de la causante, quien a la fecha de su fallecimiento (agosto 18 de 1998) se encontraba cotizando al ISS "dejando causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, de acuerdo al numeral 2, literal b del artículo 46 de la ley 100 de 1.993", ni la calidad de "cónyuge" que ostenta el actor, como tampoco la circunstancia de no haber convivido éste con su pareja "desde diez años anteriores a la fecha de fallecimiento de la señora LAURA ROSA RAIGOZA ORTEGA", conforme lo determinó la investigación administrativa adelantada por el ISS y lo aceptó el propio demandante.

Dados los anteriores supuestos fácticos se ha de postular que las condiciones en las que aconteció el fallecimiento de la asegurada satisfacen los requisitos para que surja el derecho a la pensión de sobrevivientes, de conformidad con el artículo 46 de la ley 100 de 1993, que regula la situación de muerte de un afiliado (numeral 2), diferenciándola de la del pensionado (numeral 1), para exigir sólo de aquél una densidad determinada cotizaciones, la que, para nuestro caso, por ser una afiliada activa, se satisface con las 26 semanas de aportes acreditados en cualquier tiempo.

Establecida la existencia del derecho a la pensión de sobrevivientes, ha de dilucidarse su titularidad entre quienes reclaman la condición de beneficiarios, a la luz de lo preceptuado, primero, por el artículo 46 que les otorga tal vocación a los "miembros del grupo familiar" -por igual si el fallecido es pensionado o es afiliado- y segundo, por el artículo 47 ibídem, que identifica dentro de miembros del grupo familiar a aquéllos a los cuales se les reserva tal prerrogativa, y que para el sub lite, son la hija menor de la afiliada fallecida - a quien el Instituto de Seguros Sociales le otorgó el derecho en su totalidad - y el actor que reclama para sí una cuota de la pensión invocando la condición de cónyuge, en razón al matrimonio contraído en 1975, pero sin convivencia con la afiliada en los últimos diez años.

El cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite en forma vitalicia y los hijos, que sean miembros del grupo familiar, tienen la vocación a ser beneficiarios, el mismo orden de prelación, en virtud del artículo 8 del Decreto 1889 de 1994, de manera que probando su condición tienen derecho a compartir la pensión por partes iguales.

No le asiste razón al censor cuando plantea que las previsiones sobre la convivencia que el inciso segundo del literal a del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, referidas exclusivamente al pensionado fallecido, suponen una deliberada exclusión del legislador del afiliado cuyo deceso haya ocurrido. La intención declarada del legislador fue la de cualificar la convivencia del presunto beneficiario con el pensionado causante, exigiendo una con requisitos especiales: el que haya tenido comienzo con anterioridad o cuando más al tiempo, con el reconocimiento del derecho prestacional, -condición declarada inexecutable- y el que su duración fuere mínima de dos años; estas restricciones sólo tienen sentido frente a la vida en común que hubiere tenido el

pensionado, más no el afiliado. De manera que, ciertamente, la norma no excluye al afiliado de cumplir con el requisito de la convivencia y, en manera alguna, lo exonera de cumplir con la condición de ser miembro del grupo familiar protegido, la cual se realiza, justamente, a través de la convivencia ínsita en la naturaleza de las relaciones familiares.

Ciertamente se es cónyuge por virtud del matrimonio, pero no basta con la formalidad solemne de su celebración para conformar el grupo familiar protegido por la seguridad social. Esta calidad sólo se puede predicar de quienes, además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 al establecer que el cónyuge o compañero permanente supérstite son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los equipara en razón a la condición que les es común para ser beneficiarios: ser miembros del grupo familiar. No significa ello que se desconozca la trascendencia de la formalización del vínculo en otros ámbitos, como para la filiación en el derecho de familia, o para quien lo asume como deber religioso por su valor sacramental, sino que se trata de darle una justa estimación a la vivencia familiar dentro de las instituciones de la seguridad social, en especial la de la pensión de sobrevivientes, que como expresión de solidaridad social no difiere en lo esencial del socorro a las viudas y los huérfanos ante las carencias surgidas por la muerte del esposo y padre; es obvio que el amparo que ha motivado, desde siglos atrás, estas que fueron una de las primeras manifestaciones de la seguridad social, es la protección del grupo familiar que en razón de la muerte de su esposo o padre, o hijo, hubiesen perdido su apoyo y sostén cotidiano, pero no para quien esa muerte no es causa de necesidad, por tratarse de la titularidad formal de cónyuge vaciada de asistencia mutua.

La preponderancia del elemento formal en la constitución de la familia, como mecanismo concebido por el legislador de siglos anteriores para proteger la unidad familiar, por fuerza de la evolución social, ha venido cediendo espacio a favor del concepto de familia forjado en la realidad de la solidaridad cotidiana. Primero en el ámbito de la seguridad social, el artículo 55 de la Ley 90 de 1946 mandaba tener por viuda a la mujer [incluso a las mujeres] con quien el asegurado haya hecho vida marital; luego en el campo del derecho civil, la ley 54 de 1990 protege a familia constituida por la comunidad de vida permanente y singular; y en 1991, el artículo 42 del ordenamiento superior extiende el reconocimiento constitucional a la familia que se integre bajo "la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla".

En la Constitución de 1991 se amplió el hasta entonces restringido concepto de familia para proteger, ahora sí en un absoluto plano de igualdad, no sólo a aquella conformada por vínculos jurídico, sino también a la surgida de vínculos urdidos en la vida y realidad diarias, trasladando, así, el elemento fundacional de la familia, de la naturaleza jurídica del vínculo a la voluntad libre y permanente de conformarla.

A este respecto ya tuvo la Sala oportunidad de precisar que, a partir de la nueva Constitución, "independientemente de la naturaleza misma del vínculo - legal o de hecho - es la convivencia efectiva de la pareja, la existencia de lazos afectivos y el ánimo de brindarse apoyo y colaboración lo determinante a efectos de comprender el nuevo núcleo familiar" (sentencia de 2 de marzo de 1999, rad.11245).

En este contexto, en el que, como ya se advirtió, es la efectiva convivencia al momento de la muerte la que viene a legitimar el derecho de los beneficiarios para acceder a la pensión de sobrevivientes, ha de interpretarse, de otra parte, el artículo 7° del decreto 1889 de 1994 cuando, en el aparte no declarado nulo por el Consejo de Estado, establece que "para los efectos de los literales a) de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993 y 49 del decreto 1295 de 1994, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, en primer término, el cónyuge. A falta de éste, el compañero o compañera permanente" (subraya la Sala), vale decir, que se entiende que "falta" el cónyuge cuando éste no cumple con el referido requisito de la convivencia o vida marital con el causante por el tiempo a que alude la norma. Ello por cuanto, se repite, el derecho a la pensión no se tiene en razón de un vínculo matrimonial, sino en razón de la real convivencia.

Para recabar en el valor determinante de la convivencia para constituirse en miembro del grupo familiar y así acceder a la prestación en comento, independientemente de que el causante fallecido fuere pensionado o simplemente afiliado, a modo ilustrativo, valga referir la normatividad anterior al sistema de seguridad social regulado en la ley 100 de 1993, particularmente a partir de la ley 71 de 1988 en que la condición extintiva que respecto de este derecho habían previsto las leyes 33 de 1973 y 12 de 1975 para el beneficiario del pensionado o con derecho a pensión -esto es, cuando, por su culpa, no viviere unido al otro en el momento del fallecimiento- se hizo extensiva al beneficiario del afiliado al señalar expresamente, en su artículo 11, que dichas leyes "se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de previsión del sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas, que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez" (subraya la Sala).

Sentado lo anterior, y estando acreditada en el sub examine la no convivencia de la pareja durante los últimos 8 a 10 años anteriores al fallecimiento de la afiliada, fuerza concluir que no le asiste al demandante el derecho de acceder a la reclamada pensión de sobrevivientes.

Por lo expuesto, no hay lugar a infirmar la sentencia impugnada.

Sin costas en el recurso extraordinario.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida el 16 de abril de 2004 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso adelantado por OSCAR DE JESÚS ÁLVAREZ FRANCO contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y YENNY ALEJANDRA ÁLVAREZRAIGOZA.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Eduardo López Villegas

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA CARLOS ISAAC NADER

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ CAMILO TARQUINO GALLEGO

ISAURA VARGAS DÍAZ

marÍA ISMENIA GARCÍA MENDOZA

Secretaría



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

