

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Radicación No. 32393

Acta No. 25

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de dos mil ocho (2008).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 22 de febrero de 2007, en el juicio que le promovió MARTA RUBY GIRALDO MARÍN.

ANTECEDENTES

MARTA RUBY GIRALDO MARÍN llamó a juicio al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, con el fin de que fuera condenado a pagarle la pensión de sobrevivientes desde la muerte de su compañero permanente Jhon Jairo Upegui Restrepo, acaecida el 29 de octubre de 2003, la indexación de las mesadas adeudadas y lo ultra y extrapetita.

Fundamentó sus peticiones en que el señor Jhon Jairo Upegui Restrepo estuvo afiliado al ISS hasta el momento de su muerte, acaecida el 29 de octubre de 2003; que nació el 10 de mayo de 1963 y era la compañera permanente del afiliado durante aproximadamente los tres años anteriores a su muerte; reclamó al ISS, pero éste le negó la prestación con base en que su convivencia no duró cinco años, como lo exige el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003; los cinco años de convivencia se predicán del beneficiario, cuando el fallecido es pensionado, no afiliado, caso en el cual, se aplican las normas civiles.

Al dar respuesta a la demanda (fls. 29 - 31), la accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó como ciertos, la afiliación del causante; la fecha de su fallecimiento y la edad de la demandante, de acuerdo con los registros civiles aportados; la convivencia, pero solo por dos años, según declaraciones en el proceso administrativo; el reclamo de la actora y su negativa a conceder el derecho, por la causa expuesta. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación de pagar la pensión de sobreviviente prescripción, buena fe del Seguro Social, improcedencia de la indexación de las condenas, imposibilidad de condena en costas.

En la primera audiencia (fl. 55), se ordenó por el juzgado del conocimiento citar a la señora ILDUARA RESTREPO CANO, como interviniente ad excludendum, lo que efectivamente se realizó el 12 de abril de 2005, mediante notificación personal (fl. 58), sin que actuara dentro del proceso.

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante sentencia del 22 de agosto de 2006 (fls. 160 - 165), absolvió al demandado de todas las pretensiones de la demandante.

#### LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al conocer, por apelación interpuesta por la parte actora, el Tribunal Superior de Medellín, mediante fallo del 22 de febrero de 2007 (fls. 174 – 180), revocó el del a quo y, en su lugar, condenó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a reconocer y pagar a la demandante, la pensión de sobrevivientes, a partir del 29 de octubre de 2003, por la muerte de su compañero permanente.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró, como fundamento de su decisión, que el causante Jhon Jairo Upegui Restrepo, al momento de fallecer el 29 de octubre de 2003, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, al reunir los requisitos exigidos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2000, toda vez que, estimó, contaba para esa fecha con 50 años de edad, pues comprobó que había nacido el 21 de enero de 1962 (fl. 9); había cotizado al ISS 154 semanas, en los tres años anteriores a su muerte, y 778 semanas, desde que cumplió 20 años de edad hasta su fallecimiento, por lo que, señaló, superaba el 20% de fidelidad al sistema.

Luego de transcribir el artículo 47 ibídem, consideró que, de acuerdo con tal disposición, cuando se trata de la compañera o compañero permanente del CAUSANTE AFILIADO, se tiene derecho, "...siempre que a la fecha del fallecimiento de este, la compañera tenga más de 30 años de edad, con el fin de que se le reconozca la pensión de manera vitalicia y en el caso de la muerte del PENSIONADO se exige además que el beneficiario acredite que 'estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte'; sin que sea posible aceptar lo dicho por el juez a quo en cuanto que el requisito de la convivencia se exige tanto por la muerte de un afiliado como de un pensionado."

Sentado lo anterior, consideró el ad quem que era pertinente establecer si la demandante ostentaba la calidad de compañera permanente del fallecido, para lo cual se remitió al artículo 10 del Decreto 1889 de 1994, que transcribió, para concluir que era necesario a aquella, para acreditar tal calidad, demostrar que estuvo haciendo vida marital con éste por un término no inferior a dos años, anteriores a la fecha del fallecimiento, la cual, consideró, estaba plenamente

demostrada, con la afirmación de la demandada, hecha en la resolución por medio de la cual negó la pensión (fls. 13 – 16) y en las conclusiones de la investigación administrativa, sobre que “si existió una convivencia entre la señora MARTA RUBY GIRALDO MARIN y el asegurado fallecido JHON JAIRO UPEGUI RESTREPO, por dos (2) años...”. Lo cual, agregó, ratificaron los testigos Betzi Estella García Villalba, Roberto Agudelo Restrepo, Medardo Alfonso Arango Mesa y Marta Elías Galeano, quienes, dijo, fueron unánimes en afirmar que su convivencia comenzó en el año 2000 y duró hasta la muerte del afiliado.

Conforme a lo anterior, estimó que debía reconocerse la pensión deprecada, “...debidamente indexada mes a mes, desde la fecha del fallecimiento del causante, es decir desde el 29 de octubre de 2003, ya que no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción.”, liquidada, según afirmó, conforme el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, que transcribió.

## EL RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

## ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, confirme la del a quo.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, que fue replicado y enseguida se estudia

## CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia recurrida de violar directamente, por interpretación errada, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, lo que, afirma, llevó a la aplicación indebida del artículo 10 del Decreto 1889 de 1994.

En la demostración, sostiene el censor que no acepta de la decisión del ad quem que se hubiere concluido que el periodo de convivencia es de dos años y no de cinco, como, considera, claramente lo señala el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que, en su concepto, fue equivocadamente interpretado por el sentenciador.

Transcribe la norma en cuestión, así como apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C-1094 de 2003, para luego concluir:

“El análisis cuidadoso de la sentencia de constitucionalidad, deja ver con meridiana claridad, que el querer del legislador de 2003, al expedir el artículo 13 de la Ley 797, no fue otro diferente al de establecer un término de convivencia de cinco (5) años, nunca de dos (2), como estaba previsto por la Ley 100 de 1993, específicamente por el artículo 10 del Decreto Reglamentario 1889 de 1994 y tal modificación, en cuanto al término de convivencia, sean éstos pensionados o afiliados, se presentó para ‘...desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada...’, como lo dijo la H. Corte Constitucional”.

“Entonces, como el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, es claro en señalar que el término de convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes es de 5 años, sean los causantes afiliados o pensionados, mal podía el ad quem, concluir que en el

término de convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes por parte de un compañero permanente es sólo de dos años; pues aceptar tal tesis, entraríamos en una grave e injusta interpretación, toda vez que los cónyuges quedarían en desventaja respecto a los compañeros permanentes, pues mientras a los primeros se les exigía cinco (5) años, a los segundos sólo dos (2), lo cual, como se vio, no es el querer del legislador del 2003 al expedir la Ley 797 de ese mismo año, quien unifica tal periodo de vida marital en cinco años.”

## LA RÉPLICA

Dice que el Tribunal le dio a la disposición cuestionada el alcance que tiene de acuerdo a su tenor literal, pues, señala, no queda duda que el requisito de los cinco años sólo es predicable de la cónyuge o compañera de un pensionado; que tal exigencia del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, tiene como finalidad evitar uniones precarias, que solo se constituían para asegurar la transmisión del derecho pensional, en eventos como los discutidos en donde no es necesario confrontar otros requisitos adicionales, como la densidad de cotizaciones o la finalidad al sistema; razón por la cual, arguye, la ley fue más rigurosa en la exigencia de un período de convivencia superior, para asegurar la sostenibilidad del sistema; que el Tribunal sólo se atuvo a la literalidad de la norma, por la claridad con la que está redactada; que la hipótesis de los pensionados, por ser una excepción a la regla y contener una condición más gravosa, debe interpretarse en forma restrictiva.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En su exégesis del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que hizo el Tribunal, entendió que, en el caso de un **AFILIADO** fallecido, para efectos de la pensión de sobrevivientes vitalicia, solo bastaba a su compañera permanente, acreditar que tenía más de 30 años de edad, mientras que, en el caso de haber sido aquél **PENSIONADO**, correspondía a ésta demostrar, además, que “...estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte.”.

En el primer caso, aunque no derivó del texto legal la necesidad de demostrar convivencia alguna con el causante antes de su muerte, sí dedujo que ello era imprescindible por un término no inferior a los dos años, como presupuesto necesario para determinar su condición de compañera permanente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 1889 de 1994.

Conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes “los miembros del grupo familiar” del **PENSIONADO** por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, y los “miembros del grupo familiar” del **AFILIADO** al sistema que fallezca y hubiere reunido las condiciones que allí se establecen.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece cuáles son esos “miembros del grupo familiar” y define su derecho a la pensión de sobrevivientes en caso de concurrencia de beneficiarios.

En lo que respecta al cónyuge y la compañera o compañero permanente supérstite, que es el grupo que ahora ocupa la atención de la Sala, los literales a y b del señalado artículo 13, disponen:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. **En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”.

“b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a)”.

“**Si respecto de un pensionado** hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo. Dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”.

“En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobrevivientes será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.”

En sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), esta Sala hizo una exégesis del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su texto original, antes de ser modificado por la Ley 797 de 2003, en el punto especial a si la convivencia mínima de los dos años que establecía la norma, en el inciso segundo del literal a), debía entenderse sólo respecto al caso del PENSIONADO fallecido, o si tal exigencia debía predicarse igualmente respecto a los beneficiarios del AFILIADO. El literal a) de la norma en cuestión disponía.

“Artículo 47. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite”.

“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;” (el texto entre paréntesis fue el declarado inexecutable mediante sentencia C-1176 de la Corte Constitucional)

En esa ocasión se estimó que el requisito de la convivencia al momento de la muerte del causante, era indispensable para definir el derecho de los beneficiarios tanto del **PENSIONADO**

como del **AFILIADO**, por varias circunstancias a saber: i) porque sí el inciso se refería específicamente al pensionado, era para efectos de establecer que la convivencia debía darse necesariamente, por lo menos, desde el momento que éste había adquirido el derecho a la pensión; ii) porque si el artículo 46 ibídem, estableció como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a los “miembros del grupo familiar” del **PENSIONADO** o **AFILIADO** fallecido, no se veía razón para que el artículo 47 estableciera una discriminación respecto a los beneficiarios de uno u otro, distinta a la que surgía de la simple condición de ser pensionado o no, y que a la postre resultó eliminada por la Corte Constitucional; iii) porque se entendió como “miembros del grupo familiar” a quienes mantuvieran vivo y actuante su vínculo “...mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.”

En lo que respecta a la exigencia de la convivencia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en relación al texto de la norma anterior, no hizo sino aumentar de dos a cinco años el mínimo requerido y, como quiera que el artículo 12 ibídem conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a “los miembros del grupo familiar” del pensionado o afiliado fallecido, en principio, no existe una razón valedera para cambiar la posición de la Sala, plasmada en la jurisprudencia contenida en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), pues el simple aumento del tiempo mínimo que debía convivir la pareja antes de la muerte del causante, sería irrelevante frente a los supuestos de la norma que tuvo en cuenta la Corte para llegar a la conclusión de que se debía dar un trato igual, tanto a los beneficiarios del **PENSIONADO** como del **AFILIADO**.

No obstante, la norma incluyó otros elementos nuevos, que no contenía la anterior, y que necesariamente requieren de un análisis especial.

Del texto transcrito de los literales a) y b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se desprenden las siguientes situaciones:

Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia:

- 1) El cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite (del **AFILIADO**) que tenga 30 años o más de edad, al momento del fallecimiento de éste.
- 2) El cónyuge o la compañera o compañero supérstite del **PENSIONADO** que tenga 30 años o más de edad y demuestre que hizo vida marital con el causante hasta su muerte y, por lo menos, durante los cinco años anteriores a ésta.
- 3) El cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite (del **AFILIADO** o **PENSIONADO**) que tenga menos de 30 años de edad al fallecimiento del causante, pero hubiere procreado hijos con éste.

Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes de manera temporal, hasta por 20 años, mientras viva el beneficiario:

- 4) El cónyuge o la compañera o compañero permanente (del **AFILIADO** o **PENSIONADO**), que

tuviere menos de 30 años de edad al momento del fallecimiento del causante, y no hubiere procreado hijos con éste. Caso en el cual el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión.

5) Si respecto de un **PENSIONADO** concurre "...un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo..." (inc. 2º, lit. b), la pensión se dividirá en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

6) En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, entre el cónyuge y una compañera o compañero permanente, el beneficiario (a) será la esposa (o) (inc. 3º, lit. b).

7) Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera (o) podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente en el literal a), en un porcentaje igual al tiempo convivido con el causante, siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años.

Es indudable que en los eventos 1 a 4, para que el cónyuge o la compañera o compañero permanente, tengan derecho a la pensión de sobrevivientes, deben ser "miembros del grupo familiar del afiliado", tal como lo señala expresamente el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y esa condición la tienen, como lo sostuvo la Sala en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560):

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

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

En consecuencia, para demostrar su condición de beneficiarios, es indudable que este grupo de personas, debería acreditar la convivencia con el causante al momento de su muerte, pues, de lo contrario, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, no harían parte de su grupo familiar, aunque alguna vez lo hayan sido.

En el evento 6 no existe discusión respecto a la convivencia del cónyuge, por lo menos, durante los últimos cinco años de vida del causante, trátase de un pensionado o de un afiliado, para ser preferido (a) frente a una compañera o compañero permanente en iguales circunstancias.

El evento 5 se refiere a la concurrencia de un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta "...y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b).".

Como se dijo, para tener derecho a la pensión de los literales a) y b), se debe pertenecer al "grupo familiar del pensionado", para lo cual debe mantenerse vivo y actuante el vínculo mediante el

auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, por lo que debe entenderse la regla referida al caso de la concurrencia de dos compañeras permanentes, con igual derecho, pues los eventos 6 y 7, tratan de la concurrencia entre el cónyuge y la compañera o compañero permanente.

El evento 7 implica expresamente una excepción a la regla general de la convivencia, en cuanto permite al cónyuge sobreviviente que mantiene vigente el vínculo, pero se encuentra separado de hecho, reclamar una cuota parte de la pensión, en proporción al tiempo convivido, "...siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante."

En consecuencia, respecto al nuevo texto de la norma, mantiene la Sala su posición de que es ineludible al cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, la demostración de la existencia de esa convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado o afiliado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste.

En consecuencia, el cargo es fundado y se casará la decisión recurrida.

En instancia, basta solo con señalar que, como lo dio por demostrado el Tribunal y no lo cuestionaron las partes, la actora solo demostró haber convivido con el causante durante dos años (afirmó en la demanda que fueron casi tres años), no reúne el requisito mínimo de haber convivido durante todo el tiempo exigido en la norma, esto es, por lo menos, cinco años, por lo que sus pretensiones debían ser negadas, tal como lo hizo el a quo.

En consecuencia, se confirmará la decisión del a quo.

Costas en ambas instancias a cargo de la demandante. 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, CASA la sentencia dictada el 22 de febrero de 2007, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del juicio ordinario laboral que le adelanta MARTA RUBY GIRALDO MARÍN al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. En instancia se confirma la decisión del a quo. Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante. Sin costas en el recurso extraordinario.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN      GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS                      LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO                  ISAURA VARGAS DÍAZ

MARÍA ISMENIA GARCÍA MENDOZA

Secretaria





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

