

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Magistrado Ponente

Radicación No. 42425

Acta No.033

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil doce (2012)..

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por LILIANA ROBAYO MOYA, por intermedio de apoderado judicial, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Laboral, el 10 de julio de 2009, en el juicio que le promovió la recurrente a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (fls. 153 a 161 cuaderno Tribunal).

I. ANTECEDENTES

La actora confuta la sentencia antecitada del Tribunal, mediante la cual éste confirmó íntegramente la absolutoria de primer grado proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga (Santander), el 22 de febrero de 2008 (fls. 121 a 130 del cuaderno de instancias).

En lo que estrictamente corresponde al recurso extraordinario de casación, es de señalar que la accionante, quien contrajo matrimonio con el señor Ramiro Cárdenas Duarte el 9 de noviembre de 1996, del cual se separó de hecho desde el 20 de diciembre de 2000, y el que falleció el 24 de enero de 2005, manteniendo con ella vínculo matrimonial y sociedad conyugal, controvierte la antelada sentencia del ad quem, que no accedió a decretar a su favor la pensión de sobrevivientes derivada del deceso de su cónyuge, y avaló así lo decidido en primera instancia.

La accionante admitió que no convivió con el de cujus desde el 20 de diciembre de 2000; para los efectos del recurso extraordinario alega que basta la calidad de cónyuge para tener derecho a la pensión de sobrevivientes pues el requisito de convivencia por tiempo superior de cinco años antes del fallecimiento es predicable respecto de la compañera permanente y no de quien ostente el carácter de cónyuge.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demandante por estimar que no cumplió con el requisito legal de convivencia con su cónyuge, anterior al deceso. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, compensación más la genérica.

A la litis fue convocada también Luz Delina Blanco, quien se opuso a lo pretendido por la accionante y alegó mejor derecho, pero también se absolvió respecto de ella, sin presentar recurso alguno.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Por apelación de la acá demandante conoció el Tribunal, el que consideró, de un lado, que la

actora no cumplió el requisito de convivencia con su extinto marido, de tiempo superior a cinco años antes del fallecimiento y, de otro, que respecto de un presunto lapso de convivencia anterior al matrimonio, no podía pronunciarse por ser hecho nuevo en el proceso, no alegado en la demanda inicial ni derivado de facultades extra o ultrapetita del a quo.

Razonó así:

“CONSIDERACIONES

El problema jurídico que atañe resolver a la Sala en esta oportunidad se contrae a determinar si a la demandante, en calidad de cónyuge separada de hecho del señor RAMIRO CÁRDENAS DUARTE, le asiste el derecho a ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente en una cuota proporcional al tiempo convivido con el causante.

Como aspecto previo, el Tribunal da por sentado la concurrencia en el afiliado de los requisitos de edad y fidelidad al sistema necesarios para generar la pensión de sobrevivientes de que trata el artículo 46 de la ley 100 de 1993, por ser éstos asuntos no discutidos en sede de instancia como tampoco censurados por demandante y demandado en alzada.

En este estado de cosas, la normativa aplicable para el caso en concreto se reduce entonces a lo reglado por el artículo 47 de la ley 100 de 1993, que para los eventos en los que concurren cónyuge y compañero/a permanente como potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes prevé:

... " 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 sobreviviente 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.

El texto de la norma transcrita contempla entonces, en principio, dos circunstancias por entero distintas:

1. Convivencia de un pensionado y compañero(a) permanente con vínculo matrimonial anterior no disuelto superior a 5 años continuos con anterioridad a la muerte, caso en el cual, la pensión se divide en proporción al tiempo convivido entre el cónyuge y el compañero permanente
2. Convivencia simultánea con cónyuge y una compañera permanente durante los últimos 5 años anteriores a la muerte: "en ese caso, el beneficiario de la pensión de sobrevivientes será la esposa o el esposo".

Ahora bien, afirma el recurrente que la parte final del inciso 3° del literal b del artículo 47 aplica para el caso en concreto, por tratarse de la convivencia entre un afiliado separado de hecho y

compañera permanente, correspondiéndole a la cónyuge con la que se encuentra vigente la sociedad conyugal una cuota parte de la pensión de sobrevivientes proporcional al tiempo convivido.

Comparte la Corporación el sentir del recurrente, pues de no ser así, la norma contenida en la parte final del literal b) del artículo en comento no tendría efectos distintos a los contemplados por el inciso 2° ibídem, circunstancia que se antepone al principio del efecto útil de las normas jurídicas.

Sin embargo, la sola interpretación de la norma disertada no traduce la prosperidad de las pretensiones del accionante, al carecer éste del tiempo de convivencia necesario para hacerse al derecho a la pensión de sobreviviente, sin que pueda alegarse por el recurrente la presunta convivencia anterior al surgimiento del vínculo matrimonial entre demandante y fallecido, pues no fue éste un hecho anunciado por el accionante al momento de entablar su demanda, como tampoco un asunto objeto de pronunciamiento por parte del cognoscente en uso de sus facultades ultra y extra petita, por lo que tal argumento en sede de alzada, sólo viene a constituirse en un hecho nuevo respecto al cual no puede pronunciarse la Corporación atendiendo al principio de congruencia.

En efecto, si bien la parte final del inciso tercero, literal b), del artículo 47 establece como requisito para el compañero(a) permanente la convivencia superior a 5 años continuos anteriores al fallecimiento del afiliado, también lo es que una interpretación literal no puede privilegiar la existencia del sólo vínculo marital entre los cónyuges separados de hecho en deterioro de la unión marital, cuando el querer del constituyente del 91, en acopio del principio de igualdad formal, ha sido siempre dar igual trato jurídico a cualquiera sea el tipo de uniones y más, en tratándose de prestaciones derivadas del sistema de seguridad social.

Para el caso particular, visto el tiempo convivido entre la demandante y el afiliado fallecido hasta el momento de consolidarse la separación de hecho - del 9 de Noviembre de 1996 al 20 de Diciembre de 2000-, es claro que éste no supera los 5 años de convivencia continua que requiere la prestación perseguida, entendido bajo el cual, no hay lugar a acceder al derecho pensional que pretende la actora y en consecuencia, habrá de confirmarse en su totalidad, la absolución impartida frente al caso por el A-quo.”

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Interpuesto por la parte actora, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, con réplica.

IV. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case el fallo acusado, revoque el de primer grado y, en sede de instancia, declare favorablemente sobre las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito formula cinco cargos, por la causal primera de casación laboral, cuatro por vía directa y el último por indirecta. Se estudiarán en conjunto dada su unidad de designio y argumentación común.

V. PRIMER CARGO

Del siguiente tenor:

“Acuso la sentencia del Honorable Tribunal Superior del Distrito de Judicial de Bucaramanga de

violar directamente los artículos 3, 13, 14, 16 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo; los artículos 46, 47, 48, 73, 74, 75, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, y con fundamento en la causal primera de casación, me permito argumentar el cargo formulado, de la siguiente manera:

SUSTENTACIÓN

Como el cargo está planteado por la violación directa los artículos 3, 13, 14, 16 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo; los artículos 46, 47, 48, 73, 74, 75, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993, que permiten el derecho a la pensión de sobreviviente.

Es evidente que a través de la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, se vulnera directamente la ley por infracción directa de los artículos 3, 13, 14, 16 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo; los artículos 46, 47, 48, 73, 74, 75, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993, por las siguientes razones:

Consideró el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que la parte actora no tiene derecho a la pensión de sobreviviente, por no demostrarse el periodo mínimo de convivencia de cinco años con el fallecido.

Primero.- El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala varios eventos con sus correspondientes requisitos:

"(...). 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 la cuota parte de la 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." (Le negrilla es propia)

Segundo.- Por lo anterior se debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. La fecha de fallecimiento del asegurado fuere posterior al 29 enero de 2003.

En el presente caso el asegurado RAMIRO CÁRDENAS DUARTE, falleció el 24 de enero de 2005.

2. Que exista sociedad conyugal vigente.

Como se observa mi poderdante era la esposa del fallecido y en ningún momento se liquidó la sociedad conyugal..

3. Que no existiera convivencia simultánea entre el cónyuge y la compañera permanente.

De conformidad con las declaraciones extrajudiciales y que reposan en el presente proceso, señalan que mi poderdante ya no convivía con el fallecido RAMIRO CÁRDENAS DUARTE desde el año 2000, es decir 4 años antes de su fallecimiento.

4. La compañera permanente hubiere convivido con el asegurado fallecido más de cinco años. (Compartibilidad de la pensión)

Es claro de conformidad con la documentación que reposa en el expediente, que la pretendida compañera no convivió con el asegurado fallecido RAMIRO CÁRDENAS DUARTE, más de cinco años, como lo contempla la ley.

Este término o tiempo es exigido para la compañera (o) permanente, nunca para el cónyuge.

Tercero.- La exigencia de los cinco años es para la compañera y no para la cónyuge, como erradamente interpretó el Tribunal, pues este vínculo legal no requiere tiempo mínimo de permanencia.

Cuarto.- Hay que señalar que, la Corte Suprema de Justicia Casación Laboral del 13 de diciembre de 1994 y 6 de marzo de 1995 y el Consejo de Estado Sección Segunda de 1 de Julio de 1993, confirman que el derecho a la pensión de sobreviviente no se pierde cuando se presenta el abandono del hogar por parte del fallecido.

Si bien existió una separación de hecho, esto no significa que hubiere una separación sentimental entre los cónyuges.

Hay que señalar que la SEGURIDAD SOCIAL, es un servicio público de carácter obligatorio (Art. 48 C.N.), y por consiguiente los derechos y prerrogativas son IRRENUNCIABLES, por lo que la normatividad laboral y de seguridad social prevalece sobre cualesquiera otra normatividad jurídica.

VI. SEGUNDO CARGO

Expuesto así:

“Acuso la sentencia del Honorable Tribunal Superior del Distrito de Judicial de Bucaramanga de violar directamente los artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, por interpretación errónea; y dejar de aplicar, siendo aplicable en este caso, los artículos 3, 13, 14, 16 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 48, 73, 74, 75, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, y con fundamento en la causal primera de casación, me permito argumentar el cargo formulado, de la siguiente manera:

SUSTENTACIÓN...”

VII. TERCER CARGO

Planteado así:

“Acuso la sentencia del Honorable Tribunal Superior del Distrito de Judicial de Bucaramanga de violar directamente los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993; y dejar de aplicar, siendo aplicable en este caso, los artículos 3, 13, 14, 16 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo; los artículos 48, 73, 74, 75, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, y con fundamento en la causal primera de casación, me permito argumentar el cargo formulado, de la siguiente manera:

SUSTENTACIÓN...”

VIII. CUARTO CARGO

Expuso:

“Acuso la sentencia del Honorable Tribunal Superior del Distrito de Judicial de Bucaramanga de violar directamente los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 por interpretación errónea.

En efecto, y con fundamento en la causal primera de casación, me permito argumentar el cargo formulado, de la siguiente manera:

SUSTENTACIÓN...”

La argumentación de estos tres últimos cargos es similar a la del primero.

IX. QUINTO CARGO

Su argumentación fue la siguiente:

“Acuso la sentencia del Honorable Tribunal Superior del Distrito de Judicial de Bucaramanga de violar indirectamente, por errores de hecho, y por interpretación errónea de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, y con fundamento en la causal primera de casación, me permito argumentar el cargo formulado, de la siguiente manera:

SUSTENTACIÓN

Como el cargo está planteado por la violación indirecta y por interpretación errónea de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, que permiten el derecho a la pensión de sobreviviente. La infracción de las normas sustanciales mencionadas se produjo a causa de los evidentes errores de hecho a los cuales llegó el sustanciador y que a continuación se precisan:

Primero.- Dar por establecido sin estarlo, que mi poderdante no es acreedor a la pensión de sobreviviente.

Segundo.- Dar por establecido sin estarlo, que la señora LILIANA ROBAYO MOYA, no cumplió con los requisitos para la pensión de sobreviviente.

Tercero.- Dar por establecido sin estarlo, que la señora LILIANA ROBAYO MOYA, no es acreedora de la condición más beneficiosa.

Cuarto.- Dar por establecido que es necesario que el cónyuge deba cumplir con un periodo mínimo de convivencia de cinco años con el fallecido.

Quinto.- No dar por demostrado, estándolo que la señora LILIANA ROBAYO MOYA, convivió menos de cinco años con el fallecido.

Los errores de hecho provienen de la falta apreciación de los siguientes medios probatorios:

Primero.- La demanda. Segundo.- La contestación de la demanda Tercero.- Las declaraciones testimoniales. Cuarto.- Registro Civil de nacimiento de los hijos.

En efecto, y con fundamento en la causal primera de casación, me permito argumentar el cargo formulado, de la siguiente manera:

SUSTENTACIÓN

Como el cargo está planteado es por la vía indirecta por la ocurrencia de errores de hecho evidentes, ostensibles y manifiestos en la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, toda vez que no se percata de la existencia de las pruebas antes enunciadas, las cuales fueron aportadas y decretadas legalmente.

Es evidente el error del despacho por las siguientes razones:

Se observa que mi poderdante cumplió de manera clara con los requisitos para la obtención de la pensión de sobreviviente.

Consideró el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga que la parte actora no tiene derecho a la pensión de sobreviviente, por no demostrarse un periodo mínimo de convivencia de cinco años con el fallecido.

Respecto a la convivencia de más de cinco años se debe observar lo siguiente:

Primero.- Si bien mi poderdante contrajo matrimonio el 9 de noviembre de 1996, con el Señor RAMIRO CÁRDENAS DUARTE, esta relación había iniciado con mucho tiempo de anterioridad, como se demostró a través de las pruebas testimoniales y documentales que reposan en el expediente.

El testimonio de EMILCE CÁRDENAS DUARTE al señalar lo siguiente:

"CONTESTO: Con LILIANA si existió convivencia marital, ellos vivieron bien, bien en el hogar 12 años,..." EN ESTA MANIFESTACIÓN SE HACE LA ACLARACIÓN QUE SI LA SEPARACIÓN FUE EN EL AÑO 2000 Y LA DURACIÓN DE LA CONVIVENCIA FUE DE 12 AÑOS DARÍA COMO INICIO EL AÑO DE 1988.

"CONTESTO: Con LILIANA tuvo a RAMIRO HERNANDO CÁRDENAS ROBAYO va a cumplir los 15 años, JOAQUÍN HERNANDO CÁRDENAS ROBAYO el niño tiene 10 años y LEYDY LILIANA CÁRDENAS ROBAYO

que tiene 19 años es la mayor " EN ESTA MANIFESTACIÓN SE HACE LA ACLARACIÓN QUE LA TESTIGO DECLARÓ EL DÍA 28 DE JUNIO DE 2007, PARA LO CUAL LA SEÑORITA LEYDY LILIANA CÁRDENAS ROBAYO TENIA 19 AÑOS, DA A ENTENDER QUE NACIÓ EN EL AÑO – 1988, SIENDO CONCORDANTE CON LA RESPUESTA TRANSCRITA ANTERIORMENTE.

El testimonio de ARMANDO GARCÍA GONZÁLEZ al señalar lo siguiente:

"CONTESTO:Ellos convivieron con nosotros en Girón hace más o menos como en el año de 1996 anterior a 1996 no sé donde convivieron " ES DECIR MANIFIESTA QUE EXISTIÓ UNA

CONVIVENCIA ANTES DEL AÑO DE 1996.

• El testimonio de HERNANDO CÁRDENAS al señalar lo siguiente:

"..., allá vivieron como 3 o 4 años en Bogotá, y me parece que regresaron por ahí en el 97 o 98" ES DECIR QUE EXISTIÓ UNA CONVIVENCIA ENTRE EL AÑO DE 1993 A 1995.

•El interrogatorio de parte de la demandante señala lo siguiente:

"CONTESTO: Catorce años, desde 1987 hasta el 20 de diciembre de 2000."LO CUAL CONCUERDA CON LOS TESTIMONIOS ANTERIORMENTE TRANSCRITOS.

Respecto a la no exigencia del periodo mínimo de cinco años de convivencia con el fallecido:

Primero.- El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala varios eventos con sus correspondientes requisitos:

"(....). 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 la cuota parte de la 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." (Le negrilla es propia)

Segundo.- Por lo anterior se debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. La fecha de fallecimiento del asegurado fuere posterior al 29 enero de 2003.

En el presente caso el asegurado RAMIRO CÁRDENAS DUARTE, falleció el 24 de enero de 2005.

2. Que exista sociedad conyugal vigente.

Como se observa mi poderdante era la esposa del fallecido y en ningún momento se liquidó la sociedad conyugal.

3. Que no existiera convivencia simultanea entre el cónyuge y la compañera permanente.

De conformidad con las declaraciones extrajudiciales y que reposan en el presente proceso, señalan que mi poderdante ya no convivía con el fallecido RAMIRO CÁRDENAS DUARTE desde el año 2000, es decir 4 años antes de su fallecimiento.

- 4.La compañera permanente hubiere convivido con el asegurado fallecido más de cinco años. (Compartibilidad de la pensión)

Es claro de conformidad con la documentación que reposa en el expediente, que la pretendida compañera no convivió con el asegurado fallecido RAMIRO CÁRDENAS DUARTE, más de cinco años, como lo contempla la ley.

Este término o tiempo es exigido para la compañera (o) permanente, nunca para el cónyuge.

Tercero.- La exigencia de los cinco años es para la compañera y no para la cónyuge, como erradamente interpretó el Tribunal, pues este vinculo legal no requiere tiempo mínimo de permanencia.

Cuarto.- Hay que señalar que, la Corte Suprema de Justicia Casación Laboral del 13 de diciembre de 1994 y 6 de marzo de 1995 y el Consejo de Estado Sección Segunda de 1 de Julio de 1993, confirman que el derecho a la pensión de sobreviviente no se pierde cuando se presenta el abandono del hogar por parte del fallecido.

Si bien existió una separación de hecho, esto no significa que hubiere una separación sentimental entre los cónyuges.

Hay que señalar que la SEGURIDAD SOCIAL, es un servicio público de

carácter obligatorio (Art. 48 C.N.), y por consiguiente los derechos y prerrogativas son IRRENUNCIABLES, por lo que la normatividad laboral y de seguridad social prevalece sobre cualesquiera otra normatividad jurídica.

Por ello, le solicito comedidamente a la Honorable Sala que se sirva proveer conforme a lo pedido en el alcance de la impugnación.”

X. LA RÉPLICA

Señaló defectos técnicos de la demanda y defendió la decisión de fondo del ad quem.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El ad quem denegó la concesión de pensión de sobrevivientes a la accionante bajo dos consideraciones: de un lado, el carecer ésta del tiempo de convivencia requerido con el causante superior a cinco años anteriores al fallecimiento y, de otro, que, un presunto tiempo de convivencia de la actora con aquél, antes del matrimonio, no podía alegarse en segunda instancia, por no haber sido un hecho anunciado en la demanda inicial, ni haber sido materia de extra o ultra petita por el a quo, por lo que al constituir un hecho nuevo no podía pronunciarse al respecto, conforme al principio de congruencia.

Sobre la primera columna argumental se diagraman los cuatro cargos por vía directa, y, en ellos, la tesis que se esgrime consiste en que el tiempo de convivencia con el causante superior a cinco años antes de su fallecimiento es exigible a la compañera permanente pero NO a la cónyuge, lo cual fundamenta en el contenido literal de la última parte del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el 13 de la 797 de 2003):

“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 sobreviviente 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.”

Al respecto baste señalar que el ad quem no incurrió en los errores enrostrados, puesto que tal entendimiento se aviene a lo adoctrinado por esta Sala. Así en reciente sentencia, proferida el 20 de junio de 2012, radicación 41821, se expuso:

“Así las cosas, la controversia queda contraída a determinar jurídicamente si la cónyuge demandante tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, por haber permanecido vigente la unión o sociedad conyugal, pese a estar separados de hecho y no haber convivido con el pensionado en los últimos cinco (5) años anteriores a su muerte, quien tenía en ese lapso una vida en común de pareja pero con su compañera permanente, convivencia efectiva que se venía presentando durante veinticinco (25) años atrás.

Ahora, dicha preceptiva reguló íntegramente lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

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;

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 sobreviviente 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 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.....”

(El texto entre paréntesis fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que “además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”).

Sobre la correcta interpretación de la parte pertinente de la norma que se acaba de transcribir, que como se dijo introdujo modificaciones al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse y referirse al grupo de beneficiarios que interesa al presente recurso extraordinario, esto es, el cónyuge y la compañera o compañero permanente.

En efecto, en sentencia calendada 20 de mayo de 2008 radicado 32393, en la cual se rememoró la decisión del 5 de abril de 2005 radicación 22560, se adocrinó que frente 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”, porque de perderse esa vocación de convivencia, al desaparecer la vida en común de la pareja o su vínculo afectivo, se deja de ser miembro del grupo familiar del

otro, y en estas condiciones igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobrevivientes.

Del mismo modo, en sentencia del 4 de noviembre de 2009 radicación 35809, esta Corporación puntualizó que el Juzgador debe analizar cada caso, en la medida que puede suceder que la interrupción de la convivencia, obedezca a una situación que no conlleve la pérdida del derecho, pues “con relación al texto del aparte a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, que si bien exige al cónyuge, compañera o compañero permanente, una convivencia con el fallecido de 5 años continuos antes del deceso, no del todo puede afirmarse, categóricamente, como lo sostuvo el Tribunal, que ese lapso debe ser ininterrumpido, porque habrá casos en que las circunstancias impongan la interrupción, que no hacen perder la intención de convivir, y por ello no implica, entonces, per sé, la pérdida del derecho”.

Este criterio está acorde con lo también expuesto en casación del 28 de octubre de 2009 radicación 34899, reiterada en sentencias del 1° de diciembre de igual año y 31 de agosto de 2010, radicados 34415 y 39464, respectivamente, oportunidad en la cual se dijo “(....) el alcance y entendimiento que le dio el sentenciador de segundo grado al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2002 (sic), no resulta desacertado, pues de conformidad con dicha preceptiva, la convivencia entre los cónyuges no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurre por motivos justificables, como de salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos, entre otros”.

En consecuencia, en cualquiera de las hipótesis que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, es requisito indispensable para acceder a la pensión de sobrevivientes la exigencia de la convivencia real y efectiva, aún frente al último evento en el que concurren la cónyuge y la compañera permanente, con o sin convivencia simultánea con el causante (inciso 3° literal b.-), conforme se dejó sentando en la sentencia atrás rememorada del 20 de mayo de 2008 radicado 32393, en la que se expresó:

“(....) 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.....”.

Del mismo modo, en sentencia del 29 de noviembre de 2011 radicado 40055, se precisó el anterior criterio, en el sentido de que la hipótesis del inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, solo aplica para el evento en que, luego de la separación de hecho de un cónyuge con vínculo matrimonial vigente, el causante establezca una nueva relación de convivencia y concurra un compañero o compañera permanente, caso en el cual la <convivencia> de los cinco (5) años de que habla la norma para el cónyuge que va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en “cualquier tiempo”. En esta oportunidad se manifestó:

“(....) la conclusión que se obtiene de la expresión <La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...>, porque esa referencia no deja lugar a dudas de que el cónyuge que conserva con vigor jurídico el lazo matrimonial tendrá derecho a una cuota parte de la prestación. De tal modo, en caso de que, luego de la separación de hecho de su cónyuge, el causante establezca una nueva relación de convivencia, en caso de su fallecimiento el disfrute del derecho a la pensión deberá ser compartido entre el cónyuge separado de hecho y el compañero o compañera permanente que tenga esa condición para la fecha del fallecimiento, en proporción al tiempo de convivencia.

Con el fin de delimitar el ámbito de aplicación de la norma, considera la Corte que, desde luego, la referencia que en aquella se hace a la compañera permanente, también debe entenderse efectuada respecto del cónyuge, pues, de no entenderse así la disposición, se establecería una discriminación por razón de género que, en la actualidad no tendría justificación, en tanto que, claramente, sería violatoria del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Es indudable que el precepto en cuestión establece como condición que la convivencia «haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante»; pero un análisis de esa disposición legal, en su contexto, permite concluir que, de la forma como está redactada, ese requisito se predica respecto de la compañera o del compañero permanente, mas no del cónyuge porque, con claridad, no se refiere a éste sino a aquéllos, ya que está escrita, en la parte que interesa, en los siguientes términos: “...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”.

Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, sería carente de toda lógica,

que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien “mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho”, se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que, cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges.

Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida; al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique, pues, como se ha visto, al compañero o a la compañera permanente se le exige ese término de convivencia, que es el que el legislador, dentro del poder que tiene de configuración del derecho prestacional, ha considerado que es el demostrativo de que la convivencia de la pareja es sólida y tiene vocación de permanencia, de tal suerte que da origen a la protección del Sistema de Seguridad Social” (resalta la Sala).

Sin embargo, en decisiones recientes del 24 de enero y 13 de marzo de 2012, radicados 41637 y 45038 respectivamente, se introdujo una nueva modificación al criterio anterior, consistente en ampliar la interpretación que ha desarrollado la Sala sobre el tema, según la cual lo dispuesto en el inciso 3° literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y la postura de otorgarle una cuota parte o la pensión a “quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época”, se debe aplicar también en los casos en que no exista compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, toda vez que “si el derecho incorporado en ese literal, otorgaba esa prerrogativa a la (el) cónyuge cuando mediaba una (un) compañera (o) permanente, no podía existir argumento en contra, ni proporcionalidad alguna, que se le restara cuando aquella no se hallaba, pues entonces la finalidad de la norma no se cumplía, es decir, no se proveía la protección al matrimonio que el legislador incorporó, haciendo la salvedad, de que la convivencia en el matrimonio, independientemente del periodo en que aconteció, no podía ser inferior a 5 años, según lo dispuesto en la preceptiva”, quedando así armonizado el contenido de la citada norma con criterios de equidad y justicia, lo que implica un estudio en particular para cada asunto que se someta a escrutinio.

Luego, queda claro que al cónyuge supérstite, separado de hecho pero con matrimonio y sociedad conyugal vigentes, también se le exige la convivencia con el causante por un término igual o superior a cinco años, en cualquier época, requisito que no es, como lo considera el apoderado de la actora, exigible únicamente respecto de la compañera permanente, dado que la vocación de vida común es predicable de ambas, y no es el simple vínculo formal el que se privilegia.

Y, respecto de la segunda argumentación del ad quem, relativa, a no pronunciarse sobre el presunto lapso de convivencia de la pareja, anterior al matrimonio, por considerar la circunstancia como un hecho nuevo, no alegado en la demanda inicial, ni fruto de las facultades extra o ultrapetita del a quo, es patente que fue dejado sin ataque, pues, al tratarse de una

posición jurídica, derivada de supuestos fácticos, se debía confrontar por vía de derecho, lo cual no se hizo.

En el quinto cargo, (por sendero fáctico) se intenta demostrar que la convivencia sí fue superior a los cinco años, pero bajo la premisa de tomar en cuenta el presunto tiempo de convivencia anterior al matrimonio, sin, previamente, y, como se dijo, lograr, por la vía procedente, derribar la posición jurídica del ad quem ya señalada, en cuanto a la imposibilidad de pronunciarse al respecto por estimarse que se trataba de un hecho nuevo en el proceso, amén de acreditar, además, jurídicamente también, que tal lapso sí era acumulable al de vida matrimonial.

Se incurre en ese cargo, además, en una rampante contradicción e inaceptable mixtura, ya que, de un lado se intenta acreditar un presunto error de hecho del Tribunal referente a no tener por probado que sí se tenía el tiempo requerido y, de otro lado, se entroniza en el cargo una argumentación jurídica, proveniente de los otros cuatro precedentes, con la que se trata de acreditar que tal exigencia no es predicable respecto de la cónyuge supérstite.

De otro lado, los presuntos errores de hecho que se enrostran no tienen, en realidad, carácter de tales sino que constituyen consideraciones de derecho, llamadas a ser confutadas por vía diferente, amén de que el quinto, se aparta totalmente de lo acontecido procesalmente, pues, afirmar que el Tribunal no dio por demostrado, estándolo, que señora Robayo... convivió menos cinco años con el fallecido, resulta insólito, pues, eso fue precisamente, lo que el sentenciador encontró demostrado: que convivió MENOS DE CINCO AÑOS.

Por otra parte, para demostrar los presuntos yerros, a la única prueba calificada que se acude es al interrogatorio de parte de la propia demandante, cuando, como es sabido, la confesión de la parte contraria, no la propia, es la que se erige, verdaderamente, en el medio de prueba calificado, procedente para casación, para si con ella se demuestra el yerro, poder pasar a analizar los testimonios, lo cual acá no aconteció.

Los cargos, en consecuencia, se desestiman.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la demandante. Como agencias en derecho, a favor de la demandada, se señala la suma de \$3.000.000.00

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Laboral, el 10 de julio de 2009, en el juicio que le promovió LILIANA ROBAYO MOYA a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS

Costas conforme se indicó en la parte motiva.

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

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

JORGE MAURICIO BURGOS RUÍZ ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

□

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

