



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

Radicación No. 40055

Acta No. 40

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil once (2011)

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de casación que interpuso **MARTHA LUCÍA DÍAZ ARBOLEDA** contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Laboral, de fecha 12 de diciembre de 2008, y su aclaratoria de 23 de enero de 2009, proferida en el proceso ordinario laboral que le sigue **AURA MARINA BURBANO ERASO**, en el que también es demandada la **UNIVERSIDAD DE NARIÑO**.

I. ANTECEDENTES

Aura Marina Burbano Eraso demandó a la Universidad de Nariño y a Martha Lucía Díaz Arboleda para obtener el 50% de la pensión de sobrevivientes, la devolución del porcentaje dejado de pagar, y los intereses moratorios

Afirmó que con Juan Bautista Díaz Hernández conformó una unión marital de hecho, 14 años antes del deceso de aquél; que el causante, antes de esa unión, estuvo casado con Martha Lucia Díaz Arboleda, la cual abandonó el hogar en forma abrupta; que desde la separación de hecho los esposos jamás volvieron a ser pareja; que con el difunto construyó un hogar sólido, desde el 3 de mayo de 1990 hasta el



13 de octubre de 2004; que la Universidad de Nariño le otorgó a Juan Bautista Díaz Hernández una pensión de jubilación, mediante Resolución No. 1936 de 16 de agosto de 1988; que solicitó de la Universidad de Nariño la sustitución pensional, prestación que también solicitó Martha Lucía Díaz Arboleda, el 16 de noviembre de 2004; que la Universidad de Nariño, mediante Resolución No. 000395 de 1 de febrero de 2005, le reconoció el 23% en su calidad de compañera permanente y el 50% como representante legal de su hija Diana Díaz Burbano, y el restante 27% se lo otorgó a Martha Lucía Díaz Arboleda; y que recurrió en reposición pero le fue negada su reclamación (folios 2 a 5 y 53 a 56).

La UNIVERSIDAD DE NARIÑO se opuso a las pretensiones; admitió los hechos 5, 7, 9 y 11, y parcialmente el 8, 10 y 15; del 1, 2, 3, 4, 6 y 13 arguyó que se atiene a lo que se demuestre; del 12 dijo que es una apreciación jurídica; y del 14 aseveró que es una simple afirmación inadmisible Invocó, en su defensa, las excepciones de validez del acto atacado, pago e inexistencia de la obligación (folios 36 a 39).

MARTHA LUCÍA DÍAZ ARBOLEDA también se opuso; admitió los hechos 5, 7, 9 y 11, y parcialmente el 1, 4, 8 y 10; negó el 2, 3, 12, 13, 14 y 15; y arguyó que el 6 no le consta. Propuso las excepciones de prescripción, indebida acumulación de pretensiones, petición antes de tiempo y falta de causa para pedir (folios 66 a 73).

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, en sentencia de 29 de febrero de 2008, absolvió



II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

De la decisión de primer grado apeló la demandante y en razón de ese recurso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Laboral, en la sentencia aquí acusada, y en su aclaratoria, la revocó y, en su lugar, declaró que a Aura Marina Burbano Eraso le asiste derecho a percibir, de la Universidad de Nariño, la pensión de sobrevivientes, en porcentaje del 50%, y el 50% restante a la menor Diana Díaz Burbano, a partir de diciembre de 2008.

El ad quem arguyó que no comparte la decisión del a quo respecto de la norma aplicable al caso controvertido, puesto que empleó el presupuesto legal de la Ley 797 de 2003, sin tomar en cuenta lo reglado por el artículo 2 de la Ley 12 de 1975, que establece que el cónyuge supérstite pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes si no viviere unido al causante, en la fecha de su fallecimiento, dado que la normativa aplicable es la vigente en ese momento, y no otra anterior, aunque en casos especiales se ha admitido lo contrario en situaciones especiales

Aseveró que esa disertación está soportada en jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como la sentencia de 2 de marzo de 2007, radicación 27593, y posteriormente en la de 25 de abril de 2007, radicación 29075.

Advirtió que el pensionado, Juan Bautista Díaz Hernández, falleció el 13 de octubre de 2004 (folio 19) y en esa fecha



estaban en plena vigencia los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que ésta es la normativa que regula el derecho

Precisó que, según esa hermenéutica tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes, por muerte de un pensionado, los miembros del grupo familiar y, en primer lugar la cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite, con 30 o más años de edad en la fecha del deceso, haber hecho vida marital con el pensionado hasta su muerte y haber convivido con él no menos de 5 años continuos anteriores a su muerte.

Indicó que el causante contrajo matrimonio católico con la demandada Martha Lucía Díaz Arboleda (folio 279), y que, respecto de la demandante, obran testimonios de Gerardo Viveros Muñoz, José Antonio Escobar Arcos, José Díaz Hernández y Ruth Marlene Pulistar Suárez (folios 138 a 163), los que son coincidentes en señalar que Aura Marina Burbano convivió con ese pensionado desde el año 1990 hasta su muerte.

Señaló que obra un certificado donde consta que la demandante y su hija menor fueron inscritas como beneficiarias en salud, al Fondo de Seguridad Social en Salud de la Universidad de Nariño (folio 236), y que está demostrado que la cónyuge y la compañera permanente tienen más de 30 años de edad (folios 21 y 238).



Relacionó lo que declararon los testigos y expresó que son válidas sus narraciones, claras y armónicas entre sí, sobre hechos que les constan por su conocimiento directo lo que permite concluir que está acreditada la convivencia efectiva con la demandante, Aura Marina Burbano Eraso, con el causante, pero no así de la demandada, Martha Lucía Díaz Arboleda, pues todos ellos coinciden en determinar que fue aquélla la que hizo vida marital con el pensionado, por más de 10 años y hasta su muerte, mientras que esa demandada no convivió con él, puesto que no la conocen, sin perder de vista que el hijo común de ellos confirmó que sus padres se separaron de hecho en 1994 o 1995, y que de ahí en adelante fue Aura Marina Burbano Eraso la que acompañó a su padre.

Sostuvo que Martha Lucía Díaz Arboleda, al estar separada de hecho del pensionado fallecido, desde 1994 o 1995, no estaba integrada al grupo familiar del causante, por lo que no es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, como lo precisó en un caso similar la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en una sentencia de 6 de mayo de 1999, que no identificó con número de radicación, cuyo texto reprodujo.

Concluyó que no existen fundamentos fácticos que avalen a Martha Lucía Díaz Arboleda como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes dejada por Juan Bautista Díaz Hernández, como pensionado, puesto que esa condición la ostenta la demandante Aura Marina Burbano Eraso.



Explicó que, respecto de la pretensión de reembolso de los dineros dejados de cancelar por el retroactivo de la diferencia no cancelada desde la fecha de reconocimiento de la sustitución pensional, no puede endilgársele a la parte demandada la carga económica de sufragar nuevamente el porcentaje de la pensión no reconocido a la demandante, dado que la decisión de la Universidad de Nariño, de distribuir la mesada, proporcionalmente, entre la compañera permanente y la cónyuge, sobrevino de la interpretación literal de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Destacó que la Universidad de Nariño no erró al aplicar la norma ni se equivocó al apreciar que demandante y demandada detentaban, en su orden, las calidades de compañera permanente y cónyuge sobreviviente, por lo que al efectuar un análisis literal de esos preceptos concluyó en distribuir la pensión entre aquéllas, lo que acogió el a quo, y sólo ahora, en la apelación, se rectifica y se perfila el que deberá imperar, sin que proceda la condena al reembolso de esa diferencia dejada de pagar, de la que se absolverá, determinándose que la mesada pensional corresponde en el 50% para Aura Marina Burbano Eraso y en el 50% restante para la menor Diana Díaz Burbano.

III. EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la codemandada, Martha Lucía Díaz Arboleda, y con él pretende que la Corte case totalmente la sentencia del Tribunal, y su aclaratoria, para que, en sede de instancia, confirme la del Juzgado.



Con esa intención, propuso dos cargos, que fueron replicados por la demandante, Aura María Burbano Eraso. La codemandada, Universidad de Nariño, no replicó.

La Corte los integrará para resolver sobre el conjunto, en razón de que se encauzan por la misma vía, denuncian un elenco normativo similar, se valen de argumentos comunes y pretenden un idéntico resultado, y por permitirlo el artículo 51-3 del Decreto Extraordinario 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998.

CARGO PRIMERO:

Acusa a la sentencia del Tribunal de violar por la vía directa, por aplicación indebida, los artículos 12-1 y 13-a de la Ley 797 de 2003, que modificaron el 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, 16 del Código Sustantivo del Trabajo, 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 230 de la Constitución Política y 31 del Código Civil, *y por “interpretación errónea consecucional del inciso 3 in fine del literal b) del artículo 13 ejusdem.”*

Para su demostración, afirma no discutir los hechos del proceso y dice que su discrepancia recae sobre aspectos jurídicos por haber aplicado el ad quem, indebidamente, el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y el literal a) del artículo 13, ibídem, y haber dejado de lado el inciso 3 *“in fine”* del literal b) del artículo 13, ibídem, para colegir de esas normas que, para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, se requiere que *“... los miembros del grupo familiar”*



deben demostrar: “1. La condición de cónyuge o la (sic) compañera o compañero permanente supérstite del fallecido; 2. Tener 30 o más años de edad al momento del fallecimiento y **3. Haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos anteriores a ello**”

Y añade:

“Es decir, que el Tribunal, considera que por derivación del numeral 1 del artículo 12 de la ley 797 de 2003, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 es la norma aplicable para resolver el asunto en debate, ya que alude la norma a la pensión de sobrevivencia causada por muerte del pensionado. De tal aplicación normativa -que se considera errónea- desprende el ad quem las exigencias de convivencia con anterioridad a la muerte del pensionado tanto para la cónyuge como para la compañera permanente.

“Dicha escogencia normativa, se considera desacertada por cuanto, del contexto del literal a) de la norma en cita, se observa que la misma está llamada a regular el evento en que le sobreviven al causante o bien cónyuge o bien compañero o compañera permanente, pero no los dos sujetos simultáneamente.

“La regulación precisa y concreta de tal situación la absuelve el inciso 3° del literal b), de donde el evento concreto de existencia de cónyuge separada de hecho, que no convivió con el causante hasta el final de sus días, y que representa los pormenores de la situación de MARTA LUCIA DIAZ ARBOLEDA y AURA MARINA BURBANO ERA SO, se dirime otorgando una pensión proporcional al tiempo convivido con el causante

“Así, lo cierto que MARTA LUCIA DIAZ ARBOLEDA no podía acreditar el requisito de convivencia que le impuso el ad quem, en abierta contradicción con las exigencias plasmadas en la norma llamada a regular la situación fáctica de las cónyuges separadas de hecho -como lo es mi mandante-; inane sería entonces, la consagración jurídica de la pensión proporcional (inciso 3 in fine literal b) del artículo 13 de la ley



797 de 2003, respaldada por la sentencia C-1035 de 2008), si la cónyuge separada de hecho debiese acreditar convivencia marital con el causante como lo exigió el Tribunal; pues justamente, la separación de hecho comporta la inexistencia de convivencia aunque no la eliminación de los vínculos de solidaridad y apoyo, máxime cuando existen hijos que coligan a la pareja”

“De este modo, la remisión al literal a) del artículo 13 de la ley 797 de 2003, para resolver asuntos de cónyuges separadas de hecho, con unión conyugal vigente, con figura una afrenta en la aplicación del Derecho que debe ser remediada, puesto que se le priva a la recurrente de manera vitalicia del derecho a obtener la pensión de sobrevivientes, por la caprichosa imposición de requisitos que las normas que gobiernan el problema no exigen”

“La inaplicación del inciso 3 in fine del literal b) del artículo 13 de la ley 797 de 2003, resulta arbitraria e injusta, pues se está desamparando a un grupo poblacional (cónyuges separadas de hecho) del resguardo que libremente el Sistema Pensional dispuso. Téngase presente la igualdad que se pregona entre cónyuges y compañeras permanentes supérstites; de dónde (sic) no cabe presumir que la constitución de nuevas relaciones permanentes, estructurantes de vínculos familiares responsables, como el que surgió al final de sus días entre el causante JUAN BAUTISTA DIAZ HERNANDEZ y AURA MARINA BURBANO, al punto de procrear una hija, tenga que SUSTITUIR Y EXCLUIR TOTALMENTE, las relaciones permanentes y constitutivas de vínculos familiares, también responsables y afectivas que JUAN BAUTISTA DIAZ HERNANDEZ mantuvo desde la fecha de su matrimonio (19 de enero de 1974) con MARTA LUCIA DIAZ ARBOLEDA hasta el distanciamiento producido por querer de aquél. Obsérvese que JUAN BAUTISTA jamás quiso disolver el vínculo conyugal y lo mantuvo, justamente par (sic) no verse desamparado, dado que en MARTA siempre encontró el apoyo y cuidado que aún su compañera permanente llegó a negarle. Y de igual manera, MARTA mantuvo el vínculo conyugal para no verse desamparada, dado que de su parte, no consolidó nuevas relaciones permanentes, ni volvió a contraer nupcias con ninguna otra persona, como sí lo hizo JUAN BAUTISTA DIAZ.

“También debe tenerse en cuenta que conforme lo prescribe el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus



providencias están sometidos al imperio de la Ley y en este caso el inciso tercero in fine del literal b) del artículo 13 de la ley 797 de 2003.

“Además, aún si se estimare inadecuada la disposición enunciada, su texto no puede desconocerse, entre otras razones porque lo favorable u odioso de una disposición no puede servir de pretexto para ampliar o restringir su interpretación, tal como lo prescribe el artículo 31 del código civil.

“En consecuencia, fue erróneamente aplicado el numeral 1 del artículo 12 de la ley 797 de 2003, así como el literal a) del artículo 13 de la ley 797 de 2003 en cuanto se los tomó para exigir a la cónyuge separada de hecho, la demostración de vida marital o convivencia con el causante al menos 5 años antes de la muerte; errónea aplicación que condujo a la errónea interpretación del inciso 3 in fine del literal b) del artículo 13 ejusdem.”

LA RÉPLICA

Sostiene que la cónyuge, Martha Lucía Díaz Arboleda, jamás estuvo pendiente del pensionado fallecido, el cual sufría de graves quebrantos de salud y requería de cuidados físicos y emocionales que sólo le prodigó la compañera permanente, todo lo cual fue corroborado por los testigos.

CARGO SEGUNDO:

Acusa a la sentencia del Tribunal de violar por la vía directa, por interpretación errónea, los artículos 12-1 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron el 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, 5 de la Ley 25 de 1992, que modificó el 140 y 152 del Código Civil, 16 del Código Sustantivo del Trabajo, 5 de la Ley 57 de 1887, 1, 2 y 3 de la Ley 153 de 1887.



Para su demostración, insiste en que no discute los hechos del proceso que tuvo por demostrados el ad quem, pero que su inconformidad radica en la interpretación que hizo ese juzgador al frustrarle a la cónyuge con sociedad conyugal anterior a la muerte del causante que nunca fue disuelta, el derecho a ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pese a estar estatuida esa condición en el inciso 3 “*in fine*” del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, cuyo texto reproduce.

Afirma que el Tribunal sostuvo con error que esa norma se debe interpretar sin perder de vista el artículo 12, ibídem, que modificó el 46 de la Ley 100 de 1993, de que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes *‘los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado’*, o sea, los que conforman una unidad de vida en común con el difunto, y recurrió al artículo 5 de la Ley 25 de 1992, que modificó los artículos 140 y 152 del Código Civil, para concluir que, al no existir convivencia hay ausencia de cónyuge, al estar Marta Lucía Díaz Arboleda separada de hecho desde 1994 o 1995, por lo cual consideró que no estaba integrada como miembro del grupo familiar del pensionado fallecido y no detentaba la calidad de beneficiaria de esa pensión

Explica que el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 determina genéricamente que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes *“los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez (...) que fallezca”*, y que en el artículo 13, ibídem, especifica como



beneficiarios, según el inciso 3 *“in fine”* del literal b), ibídem, a la cónyuge separada de hecho, a partir de la vigencia de esa ley, sin olvidar que en materia de seguridad social los principios que la gobiernan y los beneficiarios de las prestaciones económicas son taxativos, por lo cual incluir o excluir beneficiarios con el criterio del ad quem, constituye un error interpretativo de la norma que debe ser subsanado o atemperado a los mandatos del referido inciso, en armonía con lo dispuesto en la sentencia C-1035 de 2008

Asevera que constituye criterio de interpretación de vieja data que la norma especial prevalece sobre la general y la posterior sobre la anterior, por lo cual no se concibe que al existir un precepto exactamente aplicable al asunto, el inciso 3 *“in fine”* del literal b) de la Ley 797 de 2003, el juzgador de segundo grado recurrió a una norma genérica y al estatuto civil para excluirla, como cónyuge separada de hecho del causante, para negarle su condición de beneficiaria

Recuerda que, según el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, las normas de trabajo son de orden publico y producen efecto general inmediato, por lo cual estima que debe aplicársele plenamente el referido artículo 13, pues como cónyuge separada de hecho no estaba obligada a demostrar convivencia con el causante pues le asistía derecho a la pensión de sobrevivientes.

Sostiene que es cierto que la jurisprudencia ha privilegiado en varias ocasiones, para dirimir controversias entre cónyuges y compañeras permanentes, a quien ostente la real



convivencia, pero que las citas de sentencias hechas por el Tribunal en la sentencia impugnada no son aplicables, pues en este caso la norma interpretada equivocadamente por ese juzgador autoriza para que la cónyuge separada de hecho, sin convivencia en los últimos años con el causante, pueda estar amparada por la pensión de sobrevivientes.

Aduce que si de reflexiones jurisprudenciales se trata es conveniente citar la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, de 2 de octubre de 2008, radicación 4335-04, en la que recordó como fundamental que la convivencia efectiva con el difundo, en sus últimos años, determina a quién le asiste derecho a la pensión, pero que de aplicarse restrictivamente podría dejar en total desamparo al cónyuge, lo que evidenciaría que el querer del legislador, al consagrar el inciso 3 “*in fine*” del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, era ponderar la equidad en el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que una correcta hermenéutica de esa norma le otorga de manera proporcional, como cónyuge, el derecho a la pensión, en los porcentajes definidos por la Universidad de Nariño y el a quo

LA RÉPLICA

Sostiene que la nominalidad (*sic*) de la esposa del causante no es suficiente para acreditar el derecho que solicita, como tampoco el que no haya formalizado la extinción de su sociedad conyugal, vía liquidación, aunado a que aquélla no era miembro del grupo familiar del pensionado, como lo concluyó el Tribunal, por lo cual solicita no casar la sentencia impugnada.



IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Tribunal, para revocar la sentencia del a quo y reconocer la pensión de sobrevivientes en favor de la compañera permanente, tomó en cuenta que el pensionado fallecido hizo vida marital con Aura Marina Burbano Eraso, con fundamento en *“que respecto de la demandada MARTHA LUCIA DIAZ ARBOLEDA no se acreditó el requisito de la convivencia con el causante JUAN BAUTISTA DÍAZ HERNÁNDEZ por lo menos durante los cinco (5) años anteriores a su muerte, elemento esencial para poder predicar el derecho de suceder a su difunto esposo y sin el cual no detenta la condición de beneficiaria, pues si bien la segunda parte del inciso tercero del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece que “Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho”, como en el presente caso, “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”, no debe perderse de vista que son beneficiarios de la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado”, es decir, aquellos que realmente conforman una unidad de vida en común con el causante.”* (Folio 38, cuaderno del Tribunal).



Por su parte, la recurrente le reprocha a ese juzgador que no haya aplicado el inciso 3 *“in fine”* del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que, en su opinión, como cónyuge separada de hecho, le daría derecho a la pensión de sobrevivientes pese a no haber convivido con el causante hasta el final de sus días, según la sentencia C-1035 de 2008.

Al respecto, advierte la Corte que la muerte del pensionado, Juan Bautista Díaz Hernández, acaeció el 13 de octubre de 2004, como lo asentó el ad quem (folio 30), por lo que el precepto a tomar en cuenta para definir la litis es el vigente en esa fecha, que lo es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.

Sobre la exégesis del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 esta Sala de la Corte tuvo la ocasión de pronunciarse en la sentencia de 20 de mayo de 2008, radicación 32393, antes de la declaratoria de exequibilidad condicionada del inciso 3 del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la expresó lo que a continuación se transcribe:

“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. 2°, 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. 3°, 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 hecha, 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, trátese 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 (resalta y subraya la Sala)”

Sin embargo, un nuevo examen del tema lleva a la Corte a precisar el discernimiento allí expuesto respecto de la séptima de las situaciones que contempla el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, criterio según el cual *“...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, aclara ahora la Corte, esa exigencia no se presenta cuando hay una situación de convivencia, no simultánea, del afiliado o pensionado con un cónyuge supérstite, que esté separado de hecho, y con un compañero o compañera permanente, pues, en tal evento, para que al cónyuge le asista derecho a la pensión de sobrevivientes, no tiene la carga de demostrar una convivencia con el causante en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, aunque sí debe probar, como se



explicará posteriormente, que hubo convivencia, en cualquier tiempo, por un término de cinco (5) años.

Para explicar las razones de ese cambio en la hermenéutica del citado artículo y dar adecuada respuesta a los cargos, se considera conveniente transcribir el inciso tercero del citado artículo 13 de la Ley 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...”

Mediante la sentencia C-1035 de 2008 la Corte Constitucional declaró exequible, únicamente por los cargos analizados, la expresión *“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”* contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, 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, mas ello no tiene



incidencia en el caso materia de análisis, como que no hubo convivencia simultánea

Es cierto que esta Sala de la Corte ha considerado, como lo resaltó el Tribunal, que la Constitución Política de 1991 dio un vuelco en la concepción de la familia, de suerte que ya no está constituida por el vínculo matrimonial de índole formal, porque también la familia se constituye por la efectiva comunidad de vida, construida sobre una real convivencia de la pareja, basada en lazos de afecto y el ánimo de brindarse sostén y asistencia recíprocos. Concepto que, también lo ha explicado la Sala, tuvo eco en la Ley 100 de 1993 que, sin ambages, al establecer los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, privilegió la convivencia efectiva con el causante sobre la existencia de un vínculo jurídico, tal como surge de lo dispuesto por los originales artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, esas normas de la Ley 100 de 1993, no tuvieron en cuenta la situación de las personas que, pese a no convivir con el causante para el momento de su muerte, mantenían vigente con él un contrato matrimonial. A juicio de la Sala, con Ley 797 de 2003, se buscó remediar esa circunstancia y, por esa razón, se introdujo una modificación en materia de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes consistente en que, si bien la convivencia con el causante sigue siendo el requisito fundamental para que el cónyuge o el compañero o la compañera permanente accedan a esa prestación por muerte, se estableció una excepción a esa regla general, con el fin de conferirle también la condición de beneficiario al cónyuge separado de



hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el *de cujus*.

En efecto, con esa reforma introducida por el inciso 3 del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se corrige la situación descrita, porque se mantiene el derecho a la prestación de quien estaba haciendo vida en común con el causante para cuando falleció, dando con ello realce a la efectiva y real vida de pareja -anclada en vínculos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos- constituyéndola en el fundamento esencial del derecho a la prestación por muerte. Pero, al mismo tiempo, se reconoce que, quien en otra época de la vida del causante convivió realmente con él, en desarrollo de una relación matrimonial formal, que sigue siendo eficaz, tenga derecho, por razón de la subsistencia jurídica de ese lazo, a obtener una prestación en caso de muerte de su esposo.

No puede ser otra 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 cónyuge*, 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.

Ahora bien; no desconoce la Corte que el numeral 1 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que no ha sido modificado en esa parte, señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y que, como lo consideró el Tribunal, la



jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, para ser parte de un grupo familiar, se requiere “...*un 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...*”, tal como lo explicó en la sentencia del 10 de mayo de 2005, radicado 24445, de la que hizo mérito el Fallador de segundo grado.

En consecuencia, formar parte del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido, sigue siendo la regla general para poder ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, mas, actualmente, esa no es la única condición para acceder a la prestación porque, se reitera, con las nuevas disposiciones del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 se estableció una excepción a esa regla, de tal suerte que el cónyuge separado de hecho con vínculo matrimonial vigente tiene derecho, en forma proporcional al tiempo de su convivencia con el causante, a una parte de la pensión

De lo que viene de decirse se concluye que, al decidir que en este caso Martha Lucía Díaz Arboleda, cónyuge del causante, no tenía derecho a la cuota parte de la pensión de sobrevivientes, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos atribuidos por la censura. Por esa razón, el cargo prospera y habrá de casarse la sentencia.



CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

En lo que es esencial de su alegato para solicitar la revocatoria del fallo de primer grado, la parte demandante alega que, a la luz de lo dispuesto por la Ley 12 de 1975, la cónyuge del pensionado fallecido no tiene derecho a la parte de la pensión que le confirió la universidad demandada, porque por su culpa no estaba haciendo vida marital con el señor Juan Bautista Díaz, ya que lo abandonó.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la restricción establecida en la citada ley no tiene aplicación en el presente caso, como que no mantiene actualmente su vigencia, de suerte que no es pertinente para determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes de personas fallecidas en vigencia de la Ley 797 de 2003, que es, en consecuencia, la norma vigente. Y, como se dijo en sede de casación, el artículo 13 de esa ley confiere el derecho a la cuota parte de la pensión al cónyuge separado de hecho que mantenga vigente el vínculo matrimonial, mas nada dice respecto de las causas de la separación, ni sobre la culpabilidad en ella, de suerte que, para la Corte, no podría establecerse una causal para la pérdida del derecho como la pregonada por la demandante, pues tal restricción no surge de lo que establece la norma, por más que esa limitación resultare razonable.

Se afirma por la recurrente en alzada que la cónyuge de causante abandonó el hogar al poco tiempo de casados, luego la convivencia no superó los dos años. Sin embargo, encuentra la Corte



que obran pruebas en el proceso de las que se puede inferir que esa convivencia se prolongó por un tiempo mayor, como la declaración de renta del causante de folio 74, presentada en noviembre de 1981 y que fue suscrita por él y su cónyuge, en la que aparece que ellos dividían rentas de trabajo, lo que es un indicio de vida en común. Y aparte del testimonio del hijo de la demandada, que el juez de primer grado no tuvo en cuenta, obra el de Martha Patricia Villacis Ortega, del que para la Corte no hay razón para dudar de su verosimilitud, del que se puede extraer que esa convivencia existía por lo menos en el año 1984 y se prolongó hasta el año 1996, como que afirmó: *“Vuelvo a reiterar que la conocí como empleada de servicios durante todos los años de amistad que tuvo con mi familia y con migo (sic), cuando supe que más o menos en el 95 o en el 96, ella quedó embarazada de JUAN fue apenas cuando me vine a enterar que entre ellos había una relación diferente a la laboral y JUAN Y MARTHA LUCIA por obvias razones terminaban su relación de esposos, que era la que conocía durante todos los años a MARTHA LUCIA como esposa de JUAN DIAZ”*

Si bien este testimonio puede aparecer contradictorio con el del hermano del causante, que obra a folios 153, quien dijo que aquel se separó de su cónyuge más o menos a los tres años de casados, importa anotar que luego, al responder la pregunta sobre las razones por las cuales le constaba el abandono del hogar por parte de Martha Díaz, dijo: *“Sin determinar fecha porque no me acuerdo, yo trabajaba en el municipio de San Lorenzo y mí hermano fue a visitarme unos 8 días, cuando regresó no encontró nada en el apartamento, sino un catre viejo, lo que es muebles, lo de cocina, todos los haberes que*



habían (sic) se los llevó ella". Por lo tanto, tampoco hay exactitud en las razones de ese dicho

En consecuencia, para la Corte hay indicios de que la señora Martha Díaz convivió con el causante por un tiempo mayor al afirmado por la demandante y, en todo caso, por un lapso superior a los cinco (5) años.

Y como la recurrente en apelación no discute, estrictamente, los porcentajes de distribución de la parte de la pensión que se hizo en el fallo de primer grado, habrá de confirmarse esa decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Laboral, de fecha 12 de diciembre de 2008, y su aclaratoria de 23 de enero de 2009, proferida en el proceso ordinario laboral que AURA MARINA BURBANO ERASO le sigue a la UNIVERSIDAD DE NARIÑO y a MARTHA LUCÍA DÍAZ ARBOLEDA.

En sede de instancia, confirma el fallo proferido el 29 de febrero de 2008 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto

Sin costas en el recurso dada su prosperidad.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

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

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGÓ