República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente

SL1399-2018
Radicación n.° 45779
Acta 14

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación que interpusieron **AMALIA OLIVAR** y **OFELIA LOZANO MEJÍA** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., el 30 de noviembre de 2009, en el proceso que adelantan contra el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, trámite al cual se vinculó a **EUCARIS PALACIO** como interviniente *ad excludendum.*

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora María Margarita Cárdenas Cortés, como apoderada del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en los términos y para los efectos del memorial que obra a folios 94 a 96 del cuaderno de la Corte.

I. ANTECEDENTES

Ofelia Lozano Mejía demandó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a Eucaris Palacio, a fin de que se le reconociera y pagara la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su compañero permanente Álvaro Cortés Espitia, junto con las mesadas adicionales debidamente reajustadas y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones adujo que nació el 14 de marzo de 1973, que convivió con Álvaro Cortés Espitia desde el 20 de julio de 1999 hasta el 8 de noviembre de 2005, fecha en la que falleció; que al causante, quien era pensionado, lo cuidó en su enfermedad, y que recibió de la Clínica San Sebastián sus pertenencias.

Relató que el mencionado retiró del servicio médico y del beneficio de la pensión a Eucaris Palacio y, en su lugar, la designó como beneficiaria, según se lee en la declaración elaborada y presentada el 27 de agosto de 2003 por el causante. Apuntó que el 28 de diciembre de 2004 el fondo accionado le respondió a este que su comunicación se tendría en cuenta para todos los efectos legales.

Puso de presente que el pensionado fallecido estuvo casado con Amalia Olivar; que mediante escritura pública 2272 de 23 de septiembre de 1988 de la Notaría Única de Girardot la referida pareja liquidó la sociedad conyugal y, luego, a través de fallo de 3 de diciembre de 1990 proferido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de El Espinal

se decretó la separación indefinida de cuerpos; que no obstante la firmeza de esa decisión, las partes solo la inscribieron hasta el 21 de diciembre de 2005. Subrayó que entre Amalia Olivar y Álvaro Cortés Espitia jamás se dio una nueva relación.

Respecto a Eucaris Palacio narró que entre ella y el causante hubo una relación amorosa en cuyo seno se procrearon dos hijos: Álvaro Alexander y Eller Janier Cortés Palacio, al primero de los cuales el fondo le reconoció una pensión de sobrevivientes; que la convivencia entre los mencionados concluyó en 1998, y que la señora Eucaris Palacio también demandó la pensión del causante.

Por último, relató que el fondo convocado a juicio a través de Resolución n.° 458 de 1.° de marzo de 2006 dejó en suspenso el 50% del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes hasta tanto la justicia laboral se pronunciara sobre el eventual derecho de Eucaris Palacio, Amalia Olivar y Ofelia Lozano Mejía.

Al dar respuesta a la demanda, la entidad accionada se opuso a sus pretensiones en tanto que existen otras dos reclamantes que aseguran tener mejor derecho, una en calidad de cónyuge –Amalia Olivar- y otra como compañera permanente –Eucaris Palacio-. En cuanto a los hechos relacionados con la reclamación, aceptó que el fallecido era pensionado, murió el 8 de noviembre de 2005 y procreó dos hijos con Eucaris Palacio, a uno de los cuales se le

reconoció el 50% de la pensión, y que dejó en suspenso el reconocimiento del porcentaje restante de la prestación.

En su defensa propuso las excepciones previas de falta de integración del *litis* consorcio necesario, y las de mérito de prescripción, pago, presunción de legalidad de los actos administrativos y *«no acreditamento del derecho por parte de las peticionarias»*.

II. INTERVENCIÓN AD EXCLUDENDUM DE EUCARIS PALACIO

En virtud de la citación al proceso en calidad de interviniente *ad excludendum* (f.° 66), la señora Eucaris Palacio mediante escrito visible a folios 257 a 261, solicitó para sí el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, bajo el argumento de tener mejor derecho.

En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de fallecimiento del causante; su calidad de pensionado; que estuvo casado con Amalia Olivar, pareja que luego liquidó la sociedad conyugal, y afirmó que procreó dos hijos con el fallecido, con la aclaración que ello fue producto de una unión marital de hecho y no de una simple *«relación amorosa»*.

En soporte de su aspiración adujo que posee la calidad de compañera permanente del causante de conformidad con la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de El Espinal de fecha 27 de septiembre de 2007.

III. ACUMULACIÓN DEL PROCESO ADELANTADO POR AMALIA OLIVAR

Mediante auto de 13 de julio de 2007 el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., ordenó la acumulación del proceso laboral que adelanta ante el Juzgado Trece Laboral de ese distrito judicial Amalia Olivar contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, Eucaris Palacio y Ofelia Lozano Mejía, en el que se disputaba igual derecho, más los intereses moratorios (f.° 244).

Allí la demandante Amalia Olivar expuso que contrajo matrimonio católico el 27 de diciembre de 1964 con Álvaro Cortés Espitia, con quien procreó tres hijos –Elber, Eloy y Nancy-; que, si bien el mencionado abandonó el hogar en 1988, regresó el 29 de junio de 2003, fecha a partir de la cual volvieron a convivir hasta el momento de su muerte; que en el hogar también convivían con su hija Nancy y su esposo; que tras la muerte del causante, las reclamantes Eucaris Palacio y Ofelia Lozano Mejía prosiguieron sus relaciones con sus parejas.

Indicó que Ferrocarriles Nacionales de Colombia pensionó a Álvaro Cortés Espitia mediante Resolución n.° 0334 de 8 de marzo de 1977; que el menor Álvaro Alexander Cortés Palacio alcanzó la mayoría de edad el 22 de mayo de 2006 y, posteriormente, conformó su familia, por lo que la pensión discutida equivale a un 100%; que a pesar de que a través de fallo judicial se decretó la separación definitiva de

cuerpos, se disolvió y liquidó la sociedad conyugal, «*nunca hicieron la cesación de efectos civiles del matrimonio católico y al momento de su muerte, ya habían reanudado su vida matrimonial*» (f.° 2 a 7 del c. del Juzgado Trece Laboral).

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., a través de fallo de 19 de febrero de 2009, declaró que ninguna de las reclamantes tenía derecho a la pensión de sobrevivientes y, en consecuencia, absolvió al fondo accionado de las pretensiones incoadas en su contra.

V. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación que interpusieron Eucaris Palacio, Amalia Olivar y Ofelia Lozano Mejía, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., mediante la sentencia recurrida en casación, confirmó el fallo impugnado.

En respaldo de su decisión, el *ad quem*, tras aludir a cada una de las pruebas obrantes en el expediente y destacar que cada una de las contendientes era mayor de 30 años a la fecha de fallecimiento del causante, concluyó lo siguiente frente a cada una:

> *Respecto de la señora **AMALIA OLIVAR**, es evidente que el señor ÁLVARO CORTÉS contrajo nupcias con ella el 23 de diciembre de 1964, pero también es claro que la sociedad conyugal así creada fue disuelta por sentencia judicial en el año de 1990 (fls. 13 y 87 a 91). Ahora bien, aunque la señora Olivar afirmó durante el proceso que el señor Cortés volvió a su hogar en el mes de junio de 2003, lo cierto es que dicha circunstancia no fue acreditada en*

forma contundente y, aún en el caso en que lo hubiere sido, resulta manifiesto que entre dicha reconciliación y la fecha de la muerte (noviembre 8 de 2005), no transcurrieron los cinco (5) años continuos de convivencia, que resultan imperativos para el reconocimiento de la sustitución pensional, al tenor del artículo 13 de la ley (sic) 797 de 2003.

En lo que atañe a la señora ***EUCARIS PALACIO*** *encuentra la Sala que aunque hubo en el proceso algunos testimonios que resaltaron su permanente convivencia con el señor Cortés, hasta la fecha de su fallecimiento, lo cierto es que dicha información resulta manifiestamente contraria a la reflejada en la documental que reposa a folio 17 del expediente, en la que el mismo señor Cortés afirmó haber cesado la convivencia con dicha señora, en el mes de mayo de 2002.*

Similar suerte corre la convivencia pregonada en juicio por la señora ***OFELIA LOZANO****, en consideración a que dicha señora manifestó haber convivido con el causante desde el año 1999, afirmación que riñe con la versión del mismo causante quien afirmó en el referido documento de folio 17, que para dicha época vivía con la señora Eucaris Palacio, y así lo hizo hasta el año 2002.*

Tampoco resulta verosímil pensar que la señora Lozano hubiere hecho vida conyugal con el señor Cortés hasta el momento de su muerte, cuando, según afirmación de la testigo Blanca Ligia Carrillo de Guzmán, ratificada por la señora Olivar en el interrogatorio de parte, la señora Lozano tenía su propio hogar conyugal con persona distinta al señor Cortés, y tenía tres hijos con dicha persona.

Examinados los anteriores razonamientos, es evidente para la Sala que aunque está demostrado que el señor Álvaro Cortés sostuvo diferentes relaciones con las reclamantes de la sustitución pensional, lo cierto es que no se acreditó en el proceso que alguna de dichas relaciones se hubiere mantenido vigente durante los cinco (5) años anteriores a la muerte del pensionado, tal y como lo exige la Ley 797 de 2003 (Negrillas propias de la Corte).

VI. LOS RECURSOS DE CASACIÓN

Interpuestos por Ofelia Lozano Mejía y Amalia Olivar, concedidos por el Tribunal y admitidos por la Sala, se procede a su resolución. En razón a las precisiones doctrinales que la Corte expondrá, ambos recursos se estudiarán conjuntamente.

VII. RECURSO DE CASACIÓN (OFELIA LOZANO MEJÍA)

VIII. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case el fallo impugnado para que, en sede de instancia, revoque la sentencia del juzgado y, en su reemplazo, acceda a las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito, formula dos cargos por la causal primera de casación que fueron objeto de réplica por parte de Amalia Olivar y del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

IX. CARGO PRIMERO

Le atribuye a la sentencia fustigada la *violación indirecta* de los artículos 13 de la Ley 797 de 2003, 175 y 203 a 226 del entonces vigente Código de Procedimiento Civil.

Asegura que a la violación legal denunciada se llegó como consecuencia de los siguientes errores manifiestos de hecho:

> *1. No dar por demostrado, estándolo, que mi mandante no acreditó los cinco años de convivencia anteriores a la fecha en que falleció su compañero permanente Álvaro Cortés Espitia.*
>
> *2. No dar por demostrado, estándolo, que la unión marital de hecho que mantuvo con el pensionado perduró por más de 5 años desde el 20 de julio de 1999 hasta la fecha de la muerte.*
>
> *3. No dar por demostrado, estándolo, que entre el pensionado fallecido y la demandante existió hasta el momento mismo de su muerte una relación permanente, reflejada en la convivencia o criterio material.*

4. Dar por demostrado, sin estarlo, que por el hecho que el causante en el año 2003 efectuara una declaración extrajuicio afirmando la convivencia con mi mandante, se reconociera dicha fecha como constitutiva de la convivencia real con mi mandante.

5. No dar por probado, estando plenamente aceptado, que la relación marital de hecho que existió entre Álvaro Cortés Espitia y Ofelia Lozano se formó desde mucho antes de que el causante asistiera a la Notaría de Flandes a reconocer como única titular del derecho pensional y beneficiaria del servicio de salud a mi mandante.

6. No dar por demostrado, estándolo, que el mismo pensionado fallecido reconoció mediante trámite notarial que para el año 2003 se encontraba conviviendo con mi poderdante hacía dos años y medio atrás.

7. No dar por probado, estándolo, que mi mandante acreditó mediante abundante material probatorio haber convivido con el Sr. Álvaro Cortés Espitia cinco años antes a la fecha de su muerte.

8. No dar por sentado, encontrándose plenamente aceptado, que la voluntad el pensionado fallecido fue reconocer como única titular del derecho prestacional a mi mandante por tener los requisitos para ello.

Asevera que los errores de facto enunciados dimanaron de la apreciación errada de la declaración extrajuicio de 20 de mayo de 2002 suscrita por Álvaro Cortés Espitia (f.° 17), las solicitudes del 27 de agosto de 2003 y la carta de 11 de septiembre de ese año, en las cuales el causante requirió que se tenga a Ofelia Lozano Mejía como su beneficiaria en salud y titular de la sustitución pensional (f.° 18 a 20), formulario de afiliación al servicio médico (f.° 21), listado de medicamentos y facturas (f.° 45 a 47), declaración juramentada del causante de fecha 27 de agosto de 2003 (f.° 77) y testimonios de María Luisa Lorduy de Méndez, Nepomuceno Hernández y Luis Carlos Arroyo Peña (f.° 75 a 79 anexo).

En desarrollo de su embate, afirma que la convivencia desde el año de 1999 hasta el 8 de noviembre de 2005, se encuentra claramente acreditada con la declaración extrajuicio suscrita por Álvaro Cortés Espitia el 20 de mayo de 2002 ante la Notaría de Flandes (f.° 17), en la que reconoce que convivió con Ofelia Lozano Mejía *«desde hacía dos años y medio atrás»*.

Asegura que el Tribunal también se equivocó al dar por sentado que la convivencia se constituyó a partir de la fecha de elaboración del documento -20 de mayo de 2003- dado que en él se dejó constancia que la unión marital había iniciado dos años y medio antes. Para demostrar su afirmación, transcribe los numerales segundo y tercero de la mencionada declaración.

En hilo con lo anterior, expone que, si se hubiese analizado el referido medio de convicción, se habría concluido que el pensionado Álvaro Cortés Espitia se encontraba separado de su compañera Eucaris Palacio un año antes, tal y como simultáneamente lo ratificó el pensionado fallecido en la declaración juramentada del 27 de agosto de 2003 (f.° 77), en la que *«aclaró la ausencia de una convivencia permanente con Eucaris Palacio»*.

Afirma que la convivencia entre la pareja durante un lapso superior a 5 años se halla también demostrada con los documentos de folios 19 a 21, los cuales denotan que Ofelia Lozano Mejía era beneficiaria de los servicios de salud, al igual que con los testimonios de María Luisa

Lorduy de Méndez, Nepomuceno Hernández y Luis Carlos Arroyo Peña, quienes aseguraron que convivieron desde el 20 de julio de 1999 y que aquella dependía económicamente de su compañero. Puntualiza que, en razón a esta convivencia extendida hasta la fecha del deceso, aportó el listado de medicamentos y facturas generados a raíz de la enfermedad precedente a la muerte de su compañero.

X. CARGO SEGUNDO

Por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, le imputa al fallo recurrido la violación de los artículos 13 de la Ley 797 de 2003, 1.° de la Ley 113 de 1985 y 1.° de la Ley 12 de 1975, lo que condujo a la falta de aplicación de los artículos 27 y 31 del Código Civil, 13, 14, 18, 19 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sostiene la censura que el Tribunal interpretó erradamente el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, habida cuenta que al estar demostrada la convivencia por un lapso no menor a 5 años hasta la fecha del deceso del causante, surgía el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Aduce que, por tal motivo, el sentenciador violó el principio de eficiencia, pues, insiste, de haberse comprendido acertadamente el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 *«se habría entendido que lo que buscó el precepto fue reconocer a la compañera permanente el derecho a la pensión de jubilación»* por fallecimiento del pensionado, siempre que acredite *«que estuvo haciendo vida marital*

hasta su muerte y haya convivido no menos de 5 años continuos con anterioridad a dicha situación».

XI. RÉPLICA

El abogado de Amalia Olivar aduce que la recurrente no demostró en su ataque que hubiese convivido con el causante hasta el momento de su muerte, ya que dejó libre de cuestionamiento la valoración que el Tribunal hizo del testimonio de Blanca Ligia Carrillo y el interrogatorio de parte que rindió su representada. En cuanto al embate jurídico, argumenta que el cargo es insuficiente pues el Colegiado de instancia descartó que la recurrente fuese compañera del fallecido.

A su turno, el fondo accionado destaca que en el cargo primero no se expresó el *submotivo* de la violación a la ley sustancial; además, que se encuentra cimentado sobre declaraciones extrajuicio, las cuales deben ser ratificadas al interior del proceso. Con todo, agrega que el documento de folio 17 no es del 20 de mayo de 2002 sino del 2003, de manera que, si se contaran los dos años y medio a partir de esta fecha, la casacionista obtendría un total de 4 años y 11 meses de convivencia, número insuficiente de cara a la norma aplicable. Y en cuanto a las testimoniales, sostiene que no son prueba calificada en casación.

En torno al cargo segundo, aduce que en él no se distingue cuál es la interpretación errónea que el *ad quem* le imprimió a la norma y cuál, en criterio de la recurrente, era el sentido correcto; aunado a que el eje de la decisión

fue fáctico, pues recayó sobre los requisitos para acceder a la pensión.

XII. RECURSO DE CASACIÓN (AMALIA OLIVAR)

XIII. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case el fallo impugnado para que, en sede de instancia, revoque la sentencia del juzgado y, en su reemplazo, acceda a las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito, formula dos cargos por la causal primera de casación, que fueron objeto de réplica por parte de Ofelia Lozano Mejía y del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. La Corte limitará su estudio al segundo como quiera es fundado y con él se logra el cometido de la casacionista.

XIV. CARGO SEGUNDO

Por la senda de puro derecho, le endilga a la sentencia acusada la violación de la ley sustancial en la modalidad de interpretación errónea del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, *«dentro de los parámetros contemplados en el artículo 51 del Decreto 2651 de 1.991 y 162 de la Ley 446 de 1998»*.

En sustento de su ataque, la censura reproduce el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, así como lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1035 de 2008, a fin de precisar que, una cosa es la convivencia de 5 años

anteriores a la muerte del causante consagrada en el literal a) de esa disposición, verificable en cualquier tiempo y, otra bien distinta, la convivencia al momento de la muerte.

Con base en esta reflexión, considera que el Tribunal interpretó erradamente el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en la medida que la convivencia durante los 5 años inmediatamente anteriores a la muerte se exige ante la inexistencia de compañeras permanentes, la cual *«es muy diferente a la regulación del inciso tercero del literal b) de la misma norma, porque en éste (sic) último se regula es la convivencia simultánea, entre el cónyuge y la compañera o compañeras permanentes, en los últimos cinco años y ya no la convivencia hasta el momento de la muerte, porque si hay convivencia simultánea en el momento del deceso por imposibilidad física de estar, al mismo tiempo, con la cónyuge y con una o más de las compañeras en ese instante».*

Subraya que el juez plural erró al exigirle acreditar 5 años de convivencia inmediatamente anteriores al deceso del pensionado, ya que lo que el precepto prevé es que, en caso de convivencia simultánea, en los últimos cinco años, quien tiene derecho es la cónyuge, al margen de si la sociedad conyugal se encuentra disuelta.

Así pues, concluye que *«la interpretación errónea que el Tribunal hizo del artículo 13 de la ley (sic) 797, la hizo al considerar, que era necesario demostrar la convivencia durante los últimos cinco años inmediatamente anteriores a la muerte del causante, porque de haberla interpretado*

correctamente hubiera entendido que lo que la norma dice es que, ante la convivencia simultánea de la esposa y otras compañeras en los últimos cinco años, antes de la muerte del causante, el derecho a recibir la sustitución pensional lo tiene la que ostente la calidad de esposa por haber celebrado matrimonio civil o católico, que para el caso que se analiza dicha calidad la tiene la señora Amalia Olivar».

XV. RÉPLICA

El apoderado de Ofelia Lozano Mejía se opuso a la prosperidad de los cargos. Para tales efectos, argumentó que *«hay un evidente error en la demanda porque el Tribunal no pudo haber aplicado indebidamente el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y a su vez interpretar erróneamente la misma norma».*

El fondo demandado sostiene que, conforme al artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia debe ocurrir en los últimos cinco años de vida del causante pues son los miembros del grupo familiar los titulares del derecho a la pensión.

XVI. CONSIDERACIONES

En contraste a lo sostenido por los opositores, la Corte considera que ambas demandas de casación satisfacen los requisitos formales mínimos.

En cuanto a la demanda de Ofelia Lozano Mejía, la Sala encuentra que si bien en el cargo primero no se

especificó el *submotivo* de violación de la ley sustancial, es dable inferir por tal la inaplicación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 como consecuencia del error de hecho atribuido consistente en no haberse dado por probado, a pesar de estarlo, que la citada convivió por un lapso superior a 5 años con el causante Álvaro Cortés Espitia.

En lo relativo al recurso de Amalia Olivar la Corporación no avizora en el cargo segundo una confusión de modalidades de transgresión a la ley, dado que allí se plantea claramente una crítica hermenéutica.

Con estas precisiones y como quiera que en las dos demandas de casación se esgrimen cuestionamientos interpretativos, la Sala en desarrollo de su función unificadora de la jurisprudencia considera oportuno recordar y precisar su doctrina en punto al requisito de la convivencia entre el (la) afiliado (a) o pensionado (a) y su cónyuge y/o compañero (s) (as) permanente (s).

Para tal fin, en primer lugar, se transcribirá el texto del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, en los apartes relacionados con el derecho del cónyuge y/o compañeros (as) permanentes a la pensión de sobrevivientes; en segundo lugar, se abordará con arreglo a la jurisprudencia vigente, el concepto y alcance del requisito de la *convivencia* y, en tercer lugar, se analizarán las diversas hipótesis derivadas de las convivencias *singulares* y *plurales* (simultáneas o sucesivas) del causante con el cónyuge y/o los (las) compañeros (as) permanentes.

1. El texto normativo

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, preceptúa en lo concerniente al derecho a la pensión de sobrevivientes del cónyuge y/o compañeros (as) permanentes, lo siguiente:

> *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 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 (sic). 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 subrayado 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*».

2. El requisito común e inexcusable del derecho a la pensión de sobrevivientes: la convivencia durante mínimo 5 años

2.1 La noción de convivencia

Según la disposición reproducida la *convivencia* por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua

comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

2.2 Los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor no suponen una ruptura de la convivencia

En fallo SL3202-2015 esta Sala de la Corte adoctrinó que en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece.

En similar sentido, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos

esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.

En efecto, en sentencia SL14237-2015, reiterada en SL6519-2017, la Corte reivindicó este criterio en los siguientes términos:

> *Y es que, ciertamente, en sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, la Corte Suprema trajo a colación varios apartes jurisprudenciales de la noción de convivencia, recalcando que no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y efectivo y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.*
>
> *Igualmente, la Corte, en sentencia CSJ SL, 5 abr. 2005, rad. 22560, señaló que debía entenderse por cónyuges, «a 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».*
>
> *Y en sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 27665, reiteró la anterior orientación, estimando que era razonable «que en circunstancias especiales, como podrían ser motivos de salud, de trabajo, de fuerza mayor, etc., los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos, bajo el mismo techo; sin que por ello pueda afirmarse que desaparece la comunidad de vida o vocación de convivencia entre ambos, máxime cuando, en el caso que nos ocupa, quedó demostrado que la demandante pasaba la noche cuidando la casa de una de sus hijas, pero en el día permanecía con su compañero».*
>
> *Se trae a colación lo anterior, para precisar y reiterar que la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen pero que no*

den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente.

2.3 La convivencia es un requisito exigible tanto en la hipótesis de muerte del pensionado como del afiliado

En sentencia SL 32393, 20 may. 2008, reiterada en SL793-2013 y SL1402-2015, la Corte explicó que a pesar de que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, alude al «*pensionado*», el requisito de la convivencia durante 5 años es exigible también ante la muerte del «*afiliado*», pues el artículo 12 de la citada ley «*conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a 'los miembros del grupo familiar' del pensionado o afiliado fallecido*», motivo por el cual no existe un principio de razón suficiente para establecer diferencias fundadas exclusivamente en una u otra calidad. Además, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho, en la forma descrita a continuación.

3. Convivencia singular del afiliado o pensionado fallecido con el cónyuge o compañero (a) permanente

a. Convivencia singular con el cónyuge

En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5

años puede ocurrir *en cualquier tiempo*, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto.

En efecto, a partir de la sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637, esta Sala planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra *separado de hecho* o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, *en cualquier tiempo*. En específico, en esa oportunidad señaló:

> *Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.*
>
> *Esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.*
>
> *No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de 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.***

Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos.

El anterior criterio se reivindicó en las sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017, entre otras.

Entonces la convivencia de 5 años con el cónyuge con lazo matrimonial vigente, puede darse *en cualquier tiempo,* así no se verifique una comunidad de vida al momento de la muerte del (la) afiliado (a) o pensionado (a), dado que: *(i)* el legislador de 2003 tuvo en mente la situación de un grupo social, integrado a más de las veces por mujeres cuyos trabajos históricamente han sido relegados al cuidado del hogar y que, por consiguiente, podían quedar en estado de vulnerabilidad o inminente miseria ante el abandono de su consorte y su posterior deceso; *(ii)* esta dimensión sociológica debe servir de parámetro interpretativo, a modo de un reconocimiento que la seguridad social hace a la pareja que durante largo periodo contribuyó a la consolidación de la pensión, mediante un trabajo que hasta hace poco no gozaba de valor económico o relevancia social; y *(iii)* es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge *separado de hecho* tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en

forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente.

Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.

En efecto, la antinomia contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, visible cuando en su inciso 2.° hace referencia a *«sociedad anterior conyugal»* y, en el tercero, a *«unión conyugal»*, fue resuelta por la Corte a favor de la última a través de sentencia SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, en los siguientes términos:

> *El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contiene dos situaciones que no pueden equipararse, una relacionada con la existencia de la "unión conyugal" y la restante con la de la "sociedad conyugal vigente". Estima la Sala, que si la protección que otorgó el legislador fue respecto del vínculo matrimonial, tal como se destacó en sede de casación, debe otorgarse la pensión a quien acreditó que el citado lazo jurídico no se extinguió amén de que no hubo divorcio, pues por el especial régimen del contrato matrimonial, es menester distinguir entre los efectos de orden personal, relativos a las obligaciones de los cónyuges entre sí y con sus hijos, del meramente patrimonial como acontece con la sociedad conyugal o la comunidad de bienes que se conforma con ocasión de aquel.*
>
> *Esa distinción, en eventos como el aquí se discute es de especial interés, pues frente a los primeros, inclusive, subsiste la obligación de socorro y ayuda mutua, que están plasmados en el artículo 176 del Código Civil que dispone que "los cónyuges están*

obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida", y en el propio artículo 152, modificado por el artículo 5 de la Ley 25 de 1992, prevé que el matrimonio se disuelve, entre otros, por el divorcio judicialmente decretado.

Así, por ejemplo en sentencia C-533 de 2000, la Corte Constitucional abordó la naturaleza del matrimonio, y en torno al punto que aquí interesa estimó:

"(...) el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas (...) En el matrimonio (...) las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y éste a su vez puede darse por voluntad de los cónyuges, es menester lograr la declaración judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia".

Por demás, es el propio artículo 42 de la Constitución Política el que señala que "los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil", y si a ello se suma la voluntad del legislador de proteger la "unión conyugal" a la que hizo referencia la norma que aquí se discute, no sería propio negar el otorgamiento de la prestación cuando la sociedad conyugal esté disuelta, pero exista el verdadero vínculo jurídico, máxime cuando en este evento, el propio Ramón Antonio Castrillon Uribe, en desarrollo de sus obligaciones de socorro y ayuda mutua, previó el tema pensional e incorporó en la cláusula atrás trascrita su deseo de prodigar amparo, a quien convivió con él por más de 20 años.

La anterior interpretación la ratifica la Corte en esta oportunidad, habida cuenta que, a diferencia del contrato matrimonial, el cual incorpora derechos y obligaciones personales tales como los de socorro y ayuda mutua, tolerancia y respeto a la personalidad del cónyuge, los cuales subsisten mientras el vínculo no sea disuelto por muerte, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, la sociedad conyugal hace referencia al régimen económico de la unión. Por lo tanto, el primero de los conceptos posee un significado subjetivo e intrínseco, del

cual emanan unos deberes personales, mientras que el segundo alude a una sociedad patrimonial o de bienes.

Al compás de lo anterior, no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como *miembros de su grupo familiar.*

Pero tampoco resulta acertado enervar el derecho pensional ante figuras tales como la separación de hecho o de cuerpos, toda vez que en la primera de estas situaciones la obligación de convivir subsiste y en la segunda tan solo se excluye la de cohabitación, pero no la de socorro y ayuda mutua que, pese a esas circunstancias, subsiste.

Para decirlo de otro modo, la separación de cuerpos, figura jurídica en virtud de la cual solo se extingue el deber de cohabitación, no es un obstáculo para que el consorte que haya convivido durante 5 años con el causante, acceda a la prestación. Así mismo, la *separación de hecho,* tampoco frustra este derecho, pues esta circunstancia fáctica no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial.

Ello explica por qué, para el legislador del 2003 a pesar de la *separación de hecho* de los cónyuges, es decir, de la cesación de la comunidad de vida, si alcanzan a convivir al menos 5 años, el supérstite puede adquirir la pensión de sobrevivientes mientras ese vínculo no se disuelva, ya que los deberes de la pareja subsisten, al margen de si se allanaron a ellos o no.

Así las cosas, en resumen, el cónyuge con unión marital vigente, separado o no de hecho, que haya convivido *en cualquier tiempo* durante un lapso no inferior a 5 años con el afiliado o pensionado fallecido, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.

b. Convivencia singular con el(la) compañero(a) permanente

En tratándose del compañero permanente, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años *inmediatamente* anteriores al deceso del causante. En la sentencia CSJ SL680-2013, reiterada en SL1067-2014, la Corte recabó este criterio, así:

> *Pese a lo argüido, la exégesis que el juez de alzada hizo de la disposición legal no resulta distorsionada en cuanto consideró necesario y vital que se cumpliera el lapso de convivencia que allí se exige, esto es, 5 años previos al deceso, al tratarse de compañera permanente.*
>
> *El aludido texto es claro respecto de tal requisito, y aun cuando, como lo ha considerado esta Sala al fijar la inteligencia de su literal b), privilegió el vínculo matrimonial, lo cierto es que en ningún evento dispensó el término de 5 años de coexistencia, solo*

que en el caso de la compañera permanente, por tratarse de una situación de facto, derivada de la decisión libre y espontánea, se asentó sobre la necesidad de que fuera cumplido previo al fallecimiento [...]».

De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado o afiliado, puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008).

4. Convivencias plurales

a. Convivencia simultánea con el cónyuge y el(la) compañero(a) permanente

El inciso segundo del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, preceptúa que «*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». Desde luego que esta norma debe comprenderse, aún antes de la sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el sentido de que *además de la esposa o esposo, también es beneficiaria la compañera o compañero permanente, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

Sobre el particular, esta Corporación en fallo SL13368-2014, expuso:

> *Estima la Sala que la inteligencia que el juez de apelaciones le dio al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, es la que se corresponde con su genuino sentido y alcance, pues si bien la citada disposición legal prevé que en caso de convivencia simultánea entre la cónyuge y una compañera permanente, la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes será la esposa, esta Sala de la Corte ha considerado que a la luz del artículo 42 de la Constitución Política, no es dable hacer distinciones entre los miembros del grupo familiar del pensionado fallecido y no es atendible que entre esposa y compañera permanente se haga diferenciación atendiendo el lazo o vínculo jurídico que las ataba con [el] causante, motivo por el cual desde la vigencia del aludido texto legal (29 de enero de 2003), debe entenderse que la norma las protege por igual, tal como lo adoctrinó la Sala en sentencia CSJ SL, 10 Jul (sic) 2012, Rad. 49787.*
>
> *Así las cosas, cuando existe convivencia simultánea resulta inadmisible que una de ellas deba verse como parte de la familia del causante y la otra no, o que una tenga un mejor derecho que la otra, ya que en relación con el causante se encontraban en idénticas condiciones en términos de apoyo, ayuda, protección y afecto.*
>
> *En cuanto a la pregonada aplicación retroactiva de la sentencia C – 1035 de 2008 de la Corte Constitucional, basta con decir que esta Sala de la Corte, en la ya citada sentencia CSJ SL, 10 Jul (sic) 2012, Rad. 49787, adoctrinó:*
>
> *Para la Corte, el hecho de que la Corte Constitucional profiriera la sentencia de constitucionalidad C-1035 el 22 de octubre de 2008*

sin hacer uso de la prerrogativa prevista en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 que la habilitaba para disponer que sus efectos podían producirse ex tunc, esto es, con anterioridad a la fecha de su fallo, no impide que en uso de su facultad y función interpretativa, como máximo órgano judicial ordinario que es y, por ende, como autoridad unificadora de la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social, pueda aseverar que, siendo la citada norma consonante con la Constitución Política en los términos anunciados por la autoridad judicial a quien tal control compete, su verdadera y genuina inteligencia debió corresponder, desde su misma génesis (29 de enero de 2003, Diario Oficial 45.079), con una teleología protectora de la familia, en el entendido de que a ésta, como núcleo fundamental de la sociedad que se corresponde en el Estado Social de Derecho, se debe la atención adecuada a su desarrollo integral, lo cual impone siempre observar principios básicos que la rigen como la equidad, la solidaridad y la universalidad, entre otros muchos.

En tal sentido, no siendo los lazos o vínculos mediante los cuales se constituye la familia factores diferenciadores de las relaciones que a su interior se establecen, y siendo por el contrario la igualdad de derechos y deberes los fundamentos de dichas relaciones (artículo 42 C.P.), emerge incontestable que frente a contingencias o riesgos que la pueden afectar no es dable hacer distinciones entre sus miembros más allá de las que son propias a quienes se encuentran individualmente más expuestas que los demás, ya sea por su edad o por alguna otra condición específica de vulnerabilidad, de donde cabe entender, como así lo asienta en esta oportunidad la Corte, que la pensión de sobrevivientes o, en su lugar, la sustitución pensional cuando fuere del caso, no puede tener por finalidad distinta más que la protección de ese núcleo familiar, cuando quiera que el trabajador o pensionado, que ha sido su sostén económico, fallece.

Y para ello, ante tal infortunio, que sin lugar a equívoco mengua el sostenimiento económico esencial a la familia, al punto que bajo ciertas circunstancias lo puede hasta llegar a eliminar, no es atendible que entre esposo (a) y compañero (a) permanente se haga diferencia para estos efectos atendiendo el lazo o vínculo jurídico que les ataba al causante, por manera que, para la Corte, desde siempre, esto es, desde su vigencia (29 de enero de 2003), la dicha disposición debe entenderse que les protege por igual. Así, existiendo simultaneidad en la convivencia, no puede aceptarse que uno de aquellos deba verse como parte de la familia del causante en tanto que el otro no; o que uno tenga un mejor derecho que el otro, pues, frente a aquél, que es lo que interesa a la teleología proteccionista de la norma, en vida se encontraban en similares condiciones en lo atinente a las expresiones de apoyo, ayuda, protección, afecto, etc.

En los antedichos términos resulta plausible para la Corte que en relación con el artículo 13 de la Ley 797 de 29 de enero de 2003, en l[a] forma como modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993,

particularmente en cuanto a la situación de sobrevivencia descrita en su literal a), inciso tercero, esto es, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes de la muerte del causante entre un cónyuge y un compañero o compañera permanente, los beneficiarios o beneficiarias de la pensión deban ser ambos en proporción al tiempo de convivencia con aquél (sic).

b. Convivencia simultánea con dos o más compañeros(as) permanentes

Si bien es cierto que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no regula la situación relativa a la convivencia simultánea con dos o más compañeros (as) permanentes, la Sala, soportada en un juicio analógico, ha defendido la tesis de que también en esta hipótesis se genera el derecho a la pensión, dividida proporcionalmente entre los (as) compañeros (as). Así, en la sentencia CSJ SL402-2013, reiterada en SL18102-2016, se adoctrinó:

[...] si bien es cierto que la concurrencia de dos o más compañeras permanentes es un punto no regulado expresamente en nuestra legislación, lo cierto es que, conforme a los criterios jurisprudenciales que se han trazado sobre el punto, es dable que una persona haya mantenido por separado, pero simultáneamente, una convivencia o vida marital con dos personas, de manera que frente a ese vacío normativo la solución lógica no es la de negar el derecho a quienes al mismo tiempo cumplieron con los requisitos exigidos en las normas aplicables. En este sentido se dijo en sentencia de 17 de agosto de 2006, radicada con el número 27405, lo siguiente:

'Si bien es cierto que la existencia simultánea de dos o más compañeras permanentes es un asunto no gobernado expresamente en la legislación vigente para la época del fallecimiento del causante, no es menos cierto que de acuerdo con los criterios señalados por la jurisprudencia acerca de lo que debe entenderse por convivencia, de cara al surgimiento del derecho a una sustitución pensional, es posible que una persona mantuviera por separado, pero simultáneamente, una convivencia o vida marital con dos personas. Pero ello no indica que ante la falta de una regulación expresa la solución lógica

fuese la de negar el derecho a quienes al mismo tiempo cumplían con los requisitos exigidos en las normas aplicables.

Ahora bien, aunque este criterio jurisprudencial fue utilizado para resolver un caso gobernado por la Ley 100 de 1993, en su versión original, el mismo debe servir de derrotero para resolver a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 una controversia en la cual dos o más compañeros (as) permanentes hayan demostrado convivencia con el causante dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, habida cuenta que si el legislador admite la posibilidad de convivencia simultánea entre cónyuge y compañero (a), no hay razón lógica para negarla frente a compañeros (as) permanentes.

c. Convivencia no simultánea (o sucesiva) con el cónyuge separado de hecho y el(la) compañero(a) permanente

El último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 regula la situación del cónyuge que, a pesar de haberse *separado de hecho* y su pareja conformado una nueva familia, mantiene su contrato matrimonial activo. Aquí, la ley le da el derecho de concurrir, junto con el (la) compañero (a) permanente, a la proporción de la pensión de sobrevivientes en función al tiempo convivido, siempre que este no sea inferior a 5 años *en cualquier tiempo.*

Al respecto, en sentencia SL, 29 nov. 2011, rad. 40055, la Corte expuso:

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.

5. Casos a resolver

Al amparo de las anteriores reflexiones, se tiene lo siguiente:

a. Demanda de casación de Ofelia Lozano Mejía (compañera permanente)

Para la Corte el Tribunal no protagonizó ningún desacierto interpretativo al revisar si Ofelia Lozano Mejía

había convivido con el causante durante los 5 años anteriores a su deceso, es decir, desde el 8 de noviembre de 2000 hasta el 8 del mismo mes del año 2005, toda vez que, en relación con las compañeras permanentes esta es la lectura que debe dársele al artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Ahora, desde el punto de vista fáctico, el documento de folio 17 no demuestra la existencia de una comunidad de vida dentro de ese interregno, dado que si bien es cierto allí el causante afirmó que convivió con Ofelia Lozano Mejía desde *«hace dos (2) años y medio (1/2)»*, por lo que solicitó que se incluyera como su beneficiaria en salud y pensión, también lo es que ese escrito data del 20 de mayo de 2003. Esto significa que, si desde esta fecha hacia atrás se contaran dos años y medio, la calenda inicial de la convivencia sería el 20 de noviembre de 2000, de tal suerte que a la contendiente le hacía falta tiempo para completar el mínimo de convivencia exigido.

En cuanto a las solicitudes de folios 18 a 21, en las cuales se pide la inclusión de Ofelia Lozano Mejía en el Plan Obligatorio de Salud y su registro como eventual beneficiaria de la pensión, la Sala advierte que estas peticiones datan del año 2003, lo que significa que solo serían aptas para demostrar la convivencia a partir de ese año, pero no desde el 8 de noviembre de 2000. Igual observación le cabe a los documentos relativos a los gastos médicos, pues estos a lo sumo podrían demostrar un

acompañamiento en la enfermedad del causante, pero no cubre los 5 años anteriores a su muerte.

El documento de folio 77 tampoco es idóneo para demostrar la convivencia dentro de los 5 años anteriores al deceso del pensionado puesto que en él solo se hace referencia a la inexistencia de unión marital de hecho con la señora Eucaris Palacio, pero en ninguno de sus pasajes se menciona a Ofelia Lozano Mejía.

Por último, no es procedente el análisis de los testimonios con miras a demostrar la existencia de un error manifiesto de hecho, en virtud de la restricción impuesta por el artículo 7.° de la Ley 16 de 1969, a menos que previamente se acredite un yerro de esa naturaleza con prueba calificada, lo cual en este caso no ocurrió.

Así pues, la demanda de casación es infundada.

b. Demanda de casación de Amalia Olivar (cónyuge)

En cuanto al cargo de puro derecho que presentó la recurrente, que dada su vocación de prosperidad es el único que se analizará, la Corte advierte que, en efecto, el Tribunal se equivocó al entender que la convivencia de la cónyuge tenía que verificarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante, pues como ampliamente se expuso, esta podía darse en cualquier

tiempo, a condición de que el lazo matrimonial estuviera incólume. Tal equívoco es trascendente pues el juez plural ni siquiera se ocupó de revisar si en el plenario la reclamante Amalia Olivar y el pensionado convivieron, en algún tiempo pretérito, durante un lapso de 5 años.

En estas condiciones, el cargo es fundado y se casará la sentencia en favor de esta recurrente.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de Ofelia Lozano Mejía y en favor del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y de Amalia Olivar. Se fijan como agencias en derecho la suma de tres millones setecientos cincuenta mil pesos ($3´750.000) m/cte., que se incluirán en la liquidación que se practique conforme lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

XVII. SENTENCIA DE INSTANCIA

En instancia la Corte al adentrarse en el estudio del material persuasivo, encuentra que Amalia Olivar y Álvaro Cortés Espitia contrajeron matrimonio católico el 27 de diciembre de 1964 (f.° 9 c. anexo), en cuyo seno procrearon a Eloy, Elber y Nancy quienes nacieron en 1966, 1968 y 1974, respectivamente (f.° 11 a 13). Así mismo, obra a folios 87 a 91, sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia el 3 de diciembre de 1990, a través de la cual se decretó la separación indefinida de cuerpos y se

declaró disuelta la sociedad conyugal. Allí el juzgado dejó constancia que desde hacía dos años los esposos se encontraban separados de hecho, según lo aceptaron ellos mismos, lo cual demuestra que cuando menos, entre la fecha del matrimonio y el año de 1988, es decir, por más de dos décadas entre la pareja hubo convivencia, sin que el vínculo matrimonial se hubiese disuelto.

Cabe destacar, además, que la testigo Blanca Carrillo, quien afirmó conocía a Amalia Olivar y a Álvaro Cortés Espitia desde hacía 52 años, relató que, a pesar de las relaciones amorosas del causante con Ofelia Lozano y Eucaris Palacio y de que este se separó durante un tiempo largo, regresó en el año 2003 «*en las festividades de San Pedro*» y continuó conviviendo con la demandante hasta su muerte. En igual dirección, María Teresa de Jesús Gil Lopera narró que el pensionado si bien se marchó por un tiempo retornó más o menos en junio de 2003.

En consecuencia, esta Corporación revocará el fallo de primer nivel y, en su lugar, declarará que la cónyuge supérstite Amalia Olivar tiene derecho al 50% de la sustitución de la pensión causada por el fallecimiento de Álvaro Cortés Espitia, en cuantía de $417.750,52, a partir del 9 de noviembre de 2005, incluidas las mesadas causadas y los reajustes de ley, porcentaje que deberá acrecentarse desde la fecha en que Álvaro Alexander Cortés Palacio dejó de tener la calidad de beneficiario conforme a la ley.

No se declarará probada la excepción de prescripción como quiera que la demanda se presentó el 30 de abril de 2007 (f.° 25), es decir, dentro de los tres años subsiguientes al fallecimiento del pensionado, como tampoco las restantes excepciones que propuso el fondo accionado.

No se accederá a los intereses moratorios dado que estos son improcedentes cuando la administradora de pensiones niega la pensión por existir disputa entre los beneficiarios.

Las costas de la primera instancia estarán a favor del Amalia Olivar y a cargo de Ofelia Lozano Mejía y Eucaris Palacio. En segunda instancia no se causan.

XVIII. DECISIÓN

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 proferida el 30 de noviembre de 2009 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en el proceso ordinario laboral que **AMALIA OLIVAR** y **OFELIA LOZANO MEJÍA** adelantan contra el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, trámite al cual se vinculó a **EUCARIS PALACIOS** como interviniente *ad excludendum*, en cuanto absolvió a la entidad demandada del

reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la cónyuge supérstite del pensionado fallecido.

En sede de instancia, revoca el fallo de primer grado y, en su lugar, resuelve:

PRIMERO: Declarar que Amalia Olivar en su calidad de cónyuge supérstite, tiene derecho al 50% de la sustitución de la pensión causada por el fallecimiento de Álvaro Cortés Espitia, en cuantía de $417.750,52, a partir del 9 de noviembre de 2005, incluidas las mesadas causadas y los reajustes de ley, porcentaje que deberá acrecentarse desde la fecha en que Álvaro Alexander Cortés Palacio dejó de tener la calidad de beneficiario conforme a la ley.

SEGUNDO: Declarar no probadas las excepciones que propuso el fondo demandado, según lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Absolver al fondo accionado de las demás peticiones incoadas en su contra por Amalia Olivar y de la totalidad de las pretensiones que formularon las reclamantes, Eucaris Palacio y Ofelia Lozano Mejía.

CUARTO: Costas como se indicó en la parte motiva

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

FERNANDO CASTILLO CADENA
Salvo voto
Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA
Rad. 45779

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
SALVO VOTO.

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Salvo voto

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha y hora señalada en auto anterior se procedió a fijar el presente proveído. Bogotá, D.C. 09 MAY 2018 Hora: 5:00pm

Secretario

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha se fijó el presente proveído

Bogotá, D.C. 04 MAY 2018 5:00pm

Secretario

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha se fijó el presente proveído

Bogotá, D.C. 04 MAY 2018 8:00 am

Secretario

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada Ponente

SALVAMENTO DE VOTO
Radicación n°45779

REFERENCIA: AMALIA OLIVAR DE CORTÉS y **OFELIA LOZANO MEJÍA**, vinculada como tercera *ad excludendum* a **EUCARIS PALACIO vs. FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala, en esta ocasión me permito salvar mi voto por cuanto estimo que no procedía el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en los términos otorgados por la sala como paso a explicar.

Para el Tribunal no obra en el plenario prueba que de manera fehaciente le brinde la certeza acerca de que los cónyuges se reconciliaron y que en el último bienio de existencia del esposo hicieran vida en común; con todo, que sí se hubiera probado ello, ese lapso resultaba insuficiente para poder generar el derecho pretendido.

El censor plantea en el primero de los cargos la tesis de que el legislador previó la prevalencia de la esposa sobre la compañera permanente para gozar de la pensión de sobrevivientes, en caso de que en algún momento, durante los 5 años anteriores al fallecimiento del causante, no durante todos ellos, se hubiera dado convivencia simultánea, y que, como la cónyuge afirmó que durante 2 años antes del deceso Álvaro Cortés regresó al hogar, ha de dársele a la recurrente la preponderancia que reclama.

En el segundo ataque se propone la titularidad del derecho por la convivencia de los esposos en un lustro, sin interesar que éste fuera el inmediatamente anterior a la muerte del cónyuge.

Ofelia Lozano por su parte alega la imposibilidad de atacar al tiempo la aplicación indebida y la interpretación de una norma; y Ferrocarriles Nacionales por su lado, considera que el Tribunal no interpretó la disposición acusada, sino que se limitó a establecer si los presupuestos exigidos por aquella, se cumplían, amén que la Corte ha exigido a la cónyuge la demostración de convivencia en los 5 años anteriores al deceso del causante.

Puestas así las cosas se establece la formación de dos planteamientos, que se abordaran independientemente.

1.- De la convivencia dentro de los 5 años anteriores al deceso del pensionado.

En el primero de los cargos, aunque el censor lo plantea por la vía de los hechos, en realidad lo que propone es una interpretación subjetiva de la norma alejada de su propio texto, pues considera que aquella no exige la convivencia en los últimos 5 años precedentes al deceso, sino en cualquier lapso dentro de ese quinquenio, desconociendo la literalidad de la disposición y el querer del legislador de proteger al grupo familiar consolidado dentro de un término fijado por aquél, dentro del ejercicio de su libertad configurativa, en cinco años, no en dos, como equivocadamente lo sostiene la recurrente.

Además parte de inferencias subjetivas que carecen de demostración procesal; en efecto, el hecho de que en la documental de folio 17 el causante hubiera consignado que convivió con Eucaris Palacio hasta el año 2002, no demuestra que a partir de 2003 hubiera convivido con quien alguna vez fue su esposa; como tampoco se puede lograr dicha conclusión bajo un raciocinio lógico sobre el texto de folio 20 en el que sencillamente Cortés solicitó a la Asociación de Pensionados Ferroviarios tener como nueva compañera a Ofelia Lozano; obsérvese que en ninguno de los escritos referenciados siquiera se menciona el nombre de la cónyuge Amalia Olivar.

El registro civil de matrimonio, que encontramos a folio 13, da testimonio de ese hecho, pero no de la convivencia que

pregona la esposa en los últimos días de existencia del señor Cortés; en lo que hace a la demanda que instauró Eucaris Palacios, que obra de folio 51 a 57, de ella se extrae, en relación con la recurrente, que el vínculo perduró hasta la fecha en que ocurrió la liquidación de la sociedad conyugal en 1988, tema reiterado en la sentencia proferida por la especialidad de Familia que declaró la existencia de unión marital de hecho entre Palacios y Cortés (folio 272), las restantes pruebas denunciadas como mal apreciadas, no son hábiles en casación, esto es la declaración de Ofelia Lozano y Blanca Ligia Carrillo como tampoco puede serlo el interrogatorio de parte que absolviera la recurrente en tanto no contiene manifestación que pueda considerarse como confesión en su contra.

Así las cosas, y si se abriera paso la teoría de la censura, sería necesario advertir que no aparece prueba de la mentada convivencia simultánea que pregona aquella en los últimos 2 años de vida del pensionado, pues lo único que aparece cierto y determinado es que el causante hizo vida marital con Eucaris Palacio hasta 2002 y que liquidó la sociedad conyugal con Amalia Olivares en 1988; pero no hay prueba que para el año 2005, cuando ocurrió el deceso de Cortés, aquel estuviere compartiendo techo y lecho con las ya mencionadas; valga la pena resaltar que tampoco hay prueba calificada de que hubiere convivido con Ofelia Lozano, pues como se dejó claro al resolver el recurso que aquella interpusiera, la fecha en que culminó la relación de esa pareja se desconoce, lo único con respaldo probatorio frente a ella era que para septiembre de 2003, se reportaba como la

compañera permanente del pensionado, pero no que de allí en adelante lo hubiera sido.

2.- Del vínculo matrimonial y sus efectos

Respecto al cargo enfilado por la vía jurídica, se reitera que el juez plural frente a la cónyuge, precisó que si bien aparecía la prueba del matrimonio, también contaba con la demostración de su disolución, amén que no se reportaba evidencia fehaciente de que el causante hubiera regresado a brazos de su esposa en los últimos días de su vida y aun cuando no lo dijo de manera escueta, no encontró prueba de la convivencia de estos en un lustro anterior, en la medida que absolvió a la demandada respecto de las pretensiones de Amalia Olivar de quien advirtió, reclamaba la pensión por haber convivido más de 5 años con el causante.

Al haber ocurrido el deceso bajo la vigencia del artículo 47 de la ley 100 de 1993 con la reforma introducida por la ley 797 de 2003, era viable reconocer la pensión en forma proporcional, como pareciera plantearlo la censura, pero lo cierto es que dentro del plenario no aparece *prueba hábil* que respalde la convivencia de la demandante con su esposo, por un determinado lapso, como tampoco se cuenta con la demostración de las causas que provocaron la disolución del vínculo conyugal, ni el supuesto abandono que refirió la cónyuge en su demanda inicial, por parte del pensionado.

La disposición legal que concibe quiénes son los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, que, valga la

pena señalar, fue tenida en cuenta por el Tribunal al punto que la transcribió, prevé varias circunstancias y dependiendo de ellas, impone exigencias que sin lugar a dudas deben demostrarse en la contienda judicial; así, tratándose del cónyuge supérstite, la ley la obliga a probar que hizo vida marital hasta la muerte del causante y que convivió por lo menos 5 años continuos con anterioridad al deceso, hecho que la esposa admite no ocurrió, pues refirió que en el quinquenio que antecedió a la muerte convivió durante 2 años, aseveración que se reitera, tampoco probó; en caso de que el derecho lo dispute otra persona y no haya convivencia simultánea con la esposa, mediando una separación de hecho, es preciso para que la cónyuge logre algún porcentaje de la pensión, que el vínculo matrimonial esté vigente.

Aun cuando la posición mayoritaria de la Sala admite que cuando el vínculo jurídico del matrimonio tiene vigencia, no se requiere que los cinco años de convivencia sean previos al día del fallecimiento del pensionado, sino que se han de tomar los años compartidos en comunidad de pareja en cualquier tiempo, pero no inferiores a cinco, se ha exigido que haya la prueba de la mentada vida común por dicho lapso; así se ha dicho con insistencia, recientemente en la sentencia SL13930 – 2016, de ago.17 de 2016, rad. 50532, cuyo aparte pertinente señala:

> *Y por otra, que la jurisprudencia ha considerado que no basta la acreditación del vínculo conyugal para que de allí se derive, necesariamente, el supuesto de hecho de la convivencia marital, pues ésta sólo es predicable de una realidad efectiva, realidad que debe ser demostrada en el proceso.*

A este respecto basta traer a colación lo dicho en sentencia de 17 de agosto de 2011 (Radicación 37368), reiterado muchas veces, en el siguiente contexto:

En sentencia de 28 de septiembre de 2010, rad. N° 38213 dijo la Corte textualmente:

'Es criterio asentado por la jurisprudencia que para que el cónyuge pueda acceder a la pensión de sobrevivientes de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no es suficiente con la demostración del requisito formal del vínculo matrimonial, sino que es menester que se demuestre la efectiva convivencia de la pareja, como elemento indispensable para entender que está presente el concepto de familia que es la amparada por la seguridad social.

La exigencia de la convivencia se reclama entonces, tanto para el cónyuge como para el compañero (a) permanente, e indistintamente de si se trata de la muerte de un afiliado o pensionado. En la redacción original del artículo 47 en comento, el término de vida en común reclamado era de no menos de 2 años continuos con anterioridad a la muerte, habiendo sido ampliado en la reforma introducida por la Ley 797 de 2003, a 5 años, y en ambos casos hasta el fallecimiento.

Pues bien, frente a este puntual aspecto, en el asunto bajo examen los cargos no logran desvirtuar la conclusión del Tribunal acerca de que no hubo prueba de la comunidad de vida de la pareja por el interregno exigido legalmente.

En realidad, de la demanda de Amalia Olivar no podía inferir el juez colegiado que la pareja estuvo junta 2, 5 o 10 años, ya que allí lo que se consigna es que desde 1988 el causante abandonó el hogar y que 2 años antes del deceso, vivieron juntos, aseveraciones que además carecen de respaldo demostrativo; de las notas marginales del registro civil de matrimonio de la pareja, esto es la anotación de la escritura pública a través de la cual se liquidó la sociedad conyugal y la sentencia de separación indefinida de cuerpos (folio 13), no podía el sentenciador más que advertir que para

1988 y 1990 los esposos decidieron dividir los bienes y separarse de cuerpos definitivamente, pero no podía concluir que hasta esa data, los cónyuges compartían lecho y techo, y así tomarlo como extremo de la vida en comunidad.

Entonces, la recurrente no le muestra a la Sala el material probatorio, apto en casación, que acredite que convivió con el pensionado al menos 5 años de manera ininterrumpida para así conceder la pensión en forma proporcional al tiempo convivido, se reitera, bajo el supuesto de la existencia del vínculo matrimonial.

Ahora, en lo atinente a la prueba testimonial, ha de recordarse que no está calificada para fundar sobre ella un error de hecho manifiesto en la casación del trabajo, en los términos del artículo 7o. de la Ley 16 de 1.969, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-140 de 29 de marzo de 1995, de suerte que únicamente podría haber sido examinada si previamente se hubiese establecido un desacierto valorativo originado en medios de convicción idóneos para estructurar un yerro fáctico, lo que no ocurrió.

También se impone reiterar que, en presencia de varios testimonios contradictorios o divergentes que permitan conclusiones opuestas o disímiles, corresponde al juzgador dentro de su restringida libertad y soberanía probatoria y en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establecer su mayor o menor credibilidad,

pudiendo escoger a un grupo como fundamento de la decisión y desechando el otro.

Al punto, esta Corte, en reciente sentencia CSJ SL18578-2016, del 6 de dic. 2016, rad.70662, reiteró que:

> *en virtud de lo dispuesto por el artículo 61 del Código Procesal Laboral, en los juicios del trabajo los jueces gozan de libertad para apreciar las pruebas, por lo que si bien el artículo 60 ibídem les impone la obligación de analizar todas las allegadas en tiempo, están facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, pues en tal caso "no se podrá admitir su prueba por otro medio", tal y como expresamente lo establece la primera de las citadas normas.*
>
> *Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo afirmado en sentencia de 27 de abril de 1977, inédita, que fue ratificado por la Sala, entre otras, en sentencia de 5 de noviembre de 1998 (Radicación 11.111).*
>
> *"El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.*
>
> *"Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.*
>
> *"La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontrastable que la*

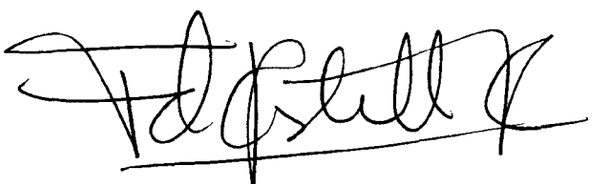
verdad real del proceso es radicalmente distinta de la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho".

Corresponde es los juzgadores de instancia la facultad de establecer el supuesto de hecho al que debe aplicarse la ley, y de allí que el mentado artículo 61 del Código Procesal Laboral les haya otorgado la facultad de apreciar libremente las pruebas, lo que hace que resulte inmodificable la valoración probatoria del Tribunal mientras ella no lo lleve a decidir contra le evidencia de los hechos en la forma como fueron probados en la proceso.

Por eso, dada la presunción de acierto y legalidad que ampara la sentencia acusada, la Corte, en tanto actúa como tribunal de casación, tiene el deber legal de considerar que el juez de segunda instancia, a quien, se repite, compete la función de establecer el supuesto fáctico al que debe aplicar la norma legal, cumplió con esa función y, por tanto, acertó en la determinación de los hechos relevantes del pleito, por no haber desvirtuado el recurrente esa presunción.

De ahí las razones para apartarme de la decisión, por cuanto no procedía el reconocimiento pensional.

Fecha ut supra,



FERNANDO CASTILLO CADENA

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada Ponente

Radicación n.° 45779

AMALIA OLIVAR, y **OTROS vs. FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, y **OTROS.**

Me aparto de la decisión mayoritaria de la sala, de revocar la sentencia del Tribunal, que confirmó la del Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la demandada al pago de la prestación pensional, por encontrarme convencido de que dentro del proceso se encontró acreditada que la convivencia que en un principio tuvo cónyuge supérstite con el causante se terminó mucho antes de los 5 años exigidos por la norma vigente a la fecha del deceso de aquél.

Fecha ut supra.

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Magistrado.

SALVAMENTO DE VOTO DEL

MAGISTRADO RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Radicación N° 45779

Respetuosamente me permito dejar consignadas las razones de mi salvamento de voto.

Para adoptar la decisión, la mayoría de la Sala estimó que la esposa del causante tenía derecho a la pensión de sobrevivientes, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por cuanto, en su calidad de cónyuge, acreditó cinco (5) años de convivencia con el afiliado en cualquier tiempo y que la separación de bienes y disolución y liquidación de la sociedad conyugal no resultaba relevante para la adquisición del derecho pensional, por lo que, se resaltó que *"no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivas a los*

consortes y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar".

No obstante, me aparto de dicha consideración, por cuanto si bien en el presente asunto, la señora Amalia Olivar, en su calidad de cónyuge supérstite acreditó al menos cinco (5) años de convivencia con el afiliado, en cualquier tiempo, en los términos de la jurisprudencia vigente de la Sala, lo cierto es que la sociedad conyugal fue liquidada desde el año 1990, lo cual no le permite acceder al derecho, en los estrictos términos del inciso 3 del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, aplicable en virtud de la data de fallecimiento de la citada, esto es, el 27 de noviembre de 2008.

En efecto, la norma en comento consagra expresamente lo siguiente:

> *Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *(...)*
>
> *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 este. 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 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;

Como se puede observar, para efectos de reclamar la pensión de sobrevivientes, en el evento de que subsista un cónyuge separado de hecho, el legislador dispuso como necesario que la sociedad conyugal se mantenga vigente, lo cual tiene sentido, por cuanto se quiso proteger igualmente los efectos patrimoniales que se conservaran del vínculo matrimonial, lo cual, de todas formas, tiene relevancia en el ámbito del derecho a la seguridad social, pues, si bien, en este evento, no se exige la convivencia de los cinco (5) años anteriores al fallecimiento del causante, en los términos de la jurisprudencia de esta Corte, sino *"en cualquier tiempo"*, lo cierto es que, al menos, debe mantenerse el lazo patrimonial latente entre los cónyuges.

Dejo en los anteriores términos sustentado mi salvamento de voto respecto de la posición mayoritaria de la Sala en este asunto.

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO