República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Radicación No. 44020

Acta No.40

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

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

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 10 de agosto de 2009, en el juicio que le promovió **MARÍA AURA TOBÓN DE CORREA.**

ANTECEDENTES

MARÍA AURA TOBÓN DE CORREA demandó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, con el fin de que fuera condenado a

reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de origen común de su cónyuge GILBERTO DE JESÚS CORREA DÍAZ, a partir del 14 de diciembre de 1996, con las mesadas adicionales de junio y diciembre, la indexación de las sumas adeudadas, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones en los siguientes hechos: que contrajo matrimonio católico el 14 de septiembre de 1959 con GILBERTO DE JESÚS CORREA DÍAZ con quien procreó a sus hijos Jorge William, Edgar Alberto, Gladis Silvia, Gustavo Adolfo, Alex Alberto, Omar Eliécer, Byron Antonio, José Walter, Aura María, Elena Patricia, Claudia Lucila y Erica Fernanda Correa Tobón; en marzo de 2006, solicitó al Instituto demandado el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge, afiliado a aquél; mediante Resolución No. 9897 de 2 de mayo de 2007, la entidad resolvió de manera negativa su petición, bajo el argumento de no haber convivido el causante con ella; su esposo se desempeñaba como vendedor de mercancías y tenía que salir frecuentemente de la ciudad, por lo que no se

encontraba en su casa hasta 8 días e inclusive 15; esta circunstancia no era óbice para predicar por sí solo la falta de convivencia, pues ésta siempre se mantuvo latente; su esposo falleció el 14 de diciembre de 1996 y no estaba cotizando al sistema de pensiones en el año inmediatamente anterior a esta fecha, motivo por el cual no tenía las 26 semanas exigidas por la Ley 100 de 1993, pero, dijo, le asistía el derecho, por cuanto aquél había cotizado el mínimo número de semanas del Acuerdo 049 de 1990, que le era aplicable, en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa, el cual había sido reconocido en múltiples providencias por esta Corporación.

Al dar respuesta a la demanda (fls. 28-30 del cuaderno principal), la entidad accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, los reconoció como ciertos, salvo la fecha del matrimonio del causante con la actora, el oficio de aquél y sus salidas frecuentes de la casa hasta por 8 días e inclusive 15, la convivencia latente y la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. En su defensa propuso las excepciones que

denominó falta de causa para demandar, prescripción, compensación y buena fe.

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 18 de diciembre de 2008 (fls. 59-67 del cuaderno principal), absolvió al Instituto demandado de todas las pretensiones de la actora.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al conocer del proceso, en el grado jurisdiccional de consulta, el Tribunal Superior de Medellín, mediante fallo de 10 de agosto de 2009 (fls. 71-78 del cuaderno principal), revocó en todas sus partes el proferido por el a quo y, en su lugar, condenó al demandado a pagar a la actora la pensión de sobrevivientes, a partir del 4 de marzo de 2002, en cuantía de un salario mínimo para cada año, con ocasión del fallecimiento del señor Gilberto de Jesús Correa Díaz, así como la suma de $40.898.100, por

concepto del retroactivo pensional causado al 31 de julio de 2009 y la indexación de ésta. Absolvió de las demás pretensiones.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró, como fundamento de su decisión, que el señor Gilberto de Jesús Correa Díaz falleció el 14 de diciembre de 1996, por causas comunes y que, para este momento, se encontraba afiliado al Sistema General de Pensiones, a través del Instituto demandado, es decir, que se encontraba en el régimen de prima media con prestación definida; en esta medida, la norma que resultaba aplicable al caso era el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, sin la modificación realizada posteriormente por la Ley 797 de 2003, como lo había entendido el a quo; de acuerdo con la demanda inicial, la Resolución No. 009897 de 2 de mayo de 2007 y la historia laboral, el señor Correa Díaz no estaba cotizando al momento de su deceso, por lo que, dijo, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, debió haber cotizado 26 semanas en el año inmediatamente anterior a dicho evento; este requisito no había sido satisfecho por el afiliado, motivo por el

cual, en principio, se entendía que no había dejado causada la pensión.

Arguyó que, pese a lo anterior, debía estudiarse el asunto a la luz del principio de la condición más beneficiosa, contemplado por el artículo 53 de la Constitución Política, el cual tenía aplicación cuando se cumplían dos requisitos, esto era, que el afiliado no hubiera cumplido con el número mínimo de semanas cotizadas por la normatividad vigente al momento del fallecimiento y que hubiera cotizado las exigidas por la legislación anterior, *"es decir, que ese número de semanas, haya sido cotizado en momento previo a la entrada en vigencia de la norma que es aplicable al momento de la ocurrencia del fallecimiento"*; de esta manera, la aplicación del principio citado no implicaba la violación al Sistema de Pensiones, pues, por el contrario, se permitía que las personas que en un momento anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hubieran cumplido los requisitos para dejar causada la pensión de invalidez o sobrevivientes, pudieran por sí mismos o, a través de sus beneficiarios, acceder a las pretensiones del sistema; no existía discusión de que el señor Gilberto de Jesús Correa Díaz

no había cumplido con los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993; en la Resolución No. 009897 de 2 de mayo de 2007, el Instituto demandado había manifestado que aquél contaba con 326 semanas cotizadas al momento de su fallecimiento y que, de la historia laboral, se observaba que 308.71 de ellas lo habían sido con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley.

Agregó que el artículo 25 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 6 del mismo, exigían como requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes que el afiliado hubiese cotizado durante los últimos 6 años a su muerte un mínimo de 150 semanas o 300 en cualquier época, por lo que, dijo, los beneficiarios del señor Correa Díaz tenían derecho a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en cumplimiento de las exigencias del decreto en mención; la demandante reclamaba la prestación, bajo el argumento de ser la cónyuge del causante y que con éste convivía; debía remitirse al Decreto 758 de 1990, el cual, en su artículo 27, numeral 1º, contemplaba que era *"beneficiaria de la pensión de sobreviviente ocasionada por la muerte del asegurado, la cónyuge o compañera*

permanente del mismo; es decir, basta con que se pruebe esa condición para ser tenida como beneficiaria y en ningún momento se le exige que haya convivido con el fallecido por un periodo de tiempo determinado o que lo haya hecho hasta el final de sus días, como se lo exigieron a la demandante, tanto el Instituto de Seguros Sociales, como el a- quo"; como la actora probó que al momento del fallecimiento ostentaba la condición de cónyuge del señor Correa Díaz, tenía derecho a reclamar la pensión de sobrevivientes, pues a folio 5 del expediente se encontraba copia del registro civil de matrimonio y que, como no había medio probatorio del que se permitiera concluir que al momento del deceso del citado el vínculo no estaba vigente, se presumía que sí lo estaba.

Sostuvo que por haber fallecido el señor Correa Díaz el 14 de diciembre de 1996, no haber reclamado su cónyuge de manera oportuna el derecho y haber propuesto la entidad la excepción de prescripción, era por lo que, aunque la pensión se había causado desde la muerte de aquél, no podía ordenarse válidamente el pago de las mesadas desde la fecha en mención, puesto que operaba la prescripción de las causadas con anterioridad al 4 de marzo de 2002, de conformidad con lo establecido en el artículo

50 del Decreto 758 de 1990; en cuanto a la cuantía de la pensión, ésta ascendía a una pensión mínima legal de cada época, *"por lo que el Instituto de Seguros Sociales adeuda a la fecha, a la demandante, la suma de cuarenta millones ochocientos noventa y ocho mil cien pesos ($40.898.100)"*; el valor de la condena debía ser indexado por el ISS, al momento de efectuar su pago, *"teniendo en cuenta que la fórmula a aplicar es la que consiste en dividir el IPC final, esto es, el causado al momento del pago, sobre el IPC inicial, es decir, el presentado al momento de causación de la obligación (en este caso, el de mesada), al resultado se le multiplica el valor de la mesada a indexar, no del total de la condena, ya que la pensión se causa mes a mes"*; como en el caso la pensión de sobrevivientes se había reconocido con base en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y no a los postulados de la norma aplicable al momento de la ocurrencia de la muerte del señor Gilberto de Jesús Correa, no resultaban procedentes los intereses moratorios en contra del demandado, de acuerdo con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el Instituto demandado, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, confirme la de primer grado.

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados de manera simultánea y enseguida se estudian, de manera conjunta, el primero y el segundo por tener idénticos cuerpo normativo, argumentación y finalidad.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia recurrida de violar directamente, en la modalidad de aplicación indebida, el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990 y, en la de infracción directa, el artículo 30 del mismo acuerdo, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de 1990.

En la demostración del cargo sostiene la entidad que el Tribunal revocó la acertada decisión del a quo, arguyendo que el numeral 1° del artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990 únicamente exige que se pruebe la calidad de cónyuge para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes; el razonamiento del fallador desconoció el artículo 30 del mismo acuerdo *"ya que no hace mención...en la providencia o, si acaso la conoce, entonces se rebeló contra lo claramente expresado en ese reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, conforme al cual quien pretendía la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común aduciendo la condición de cónyuge sobreviviente del asegurado, debía probar que estuvo haciendo vida en común con el causante antes de morir éste, o de no existir esa convivencia- como el juzgado lo tuvo por plenamente probado- que "se hubiera encontrado en imposibilidad de hacerlo porque éste abandonó el hogar sin justa causa o le impidió su acercamiento o compañía", por cuanto así literalmente lo establecía dicho artículo".*

Agrega que la actora alegó su condición de esposa del señor Gilberto de Jesús Correa, con quien contrajo matrimonio por los ritos católicos el 14 de septiembre de 1959, tal como lo dio por establecido el ad quem; sin embargo, a pesar de haber probado

aquélla su condición de cónyuge no hizo lo mismo frente a la convivencia con el citado para cuando éste falleció; el artículo 30 del Acuerdo 049 de 1990 dispone la pérdida y extinción del derecho a la pensión de sobrevivientes si el cónyuge sobreviviente, al momento del deceso, no hiciere vida común con el causante, salvo cuando probare que se encontraba en imposibilidad de hacer vida en común, por abandono del hogar de éste sin justa causa o porque se le impidió su acercamiento o compañía; no se explica la razón por la cual el ad quem fulminó condena en el presente caso sin la prueba de la convivencia efectiva de los esposos y que, por el contrario, como lo dijo el juez de primer grado, éstos no convivían desde mucho antes de los dos años anteriores al deceso del señor Correa Díaz; es así como el Tribunal se rebeló contra la claridad del artículo 30 del Acuerdo 049 de 1990.

SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia recurrida de violar directamente, en la modalidad de interpretación errónea, el artículo 27 del Acuerdo

049 de 1990 y, en la de infracción directa, el artículo 30 del mismo acuerdo, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de 1990.

En la demostración del cargo, además de plantear idénticas razones a las expuestas en el primero, alega que *"es innegable que el tribunal bien poco fue lo que expresó respecto del artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, pero de su brevísimo planteamiento se debe concluir que no supo leerlo y, por tal razón, lo interpretó erróneamente al haber entendido que para la cónyuge sobreviviente resultara beneficiaria de la pensión de sobrevivientes bastaba con que se probara el matrimonio de la demandante con Gilberto de Jesús Correa Díaz, consideración contraria a los que resulta de armonizar lo establecido en los artículos 27 y 30 del acuerdo"*; que, de todas formas, si solamente se tomara el artículo 27 del acuerdo citado, la correcta interpretación obliga a concluir que no basta probar solamente el hecho del matrimonio de la pareja, pues, si así fuera, no existiría la posibilidad de que el compañero o compañera permanente del asegurado pudiera ser beneficiario y, además, dice, ocurre que la misma norma trae cuatro eventos en los que se entiende que falta el cónyuge sobrevivientes, uno de los cuales es la separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes, *"o sea, se trata de una hipótesis que demuestra que si los cónyuges*

no conviven, el que sobrevive a la muerte del asegurado no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes".

LA RÉPLICA

Sostiene que el ataque de la entidad busca desconocer el principio de la condición más beneficiosa amparado por el artículo 53 de la Constitución Política; una de las justificaciones de este principio se encuentra en la sentencia de 9 de diciembre de 2008 (Rad. 32642), de la cual transcribe extenso aparte, la cual, dice, ha sido reiterada en múltiples ocasiones, para afirmar que si bien la muerte del causante se produjo en vigencia de una ley distinta, debe aplicarse aquél, *"a fin de definir la situación pensional de sus beneficiarios, con lo cual solo se requiere tener 300 semanas cotizadas, pero exige que todas las 300 se hayan cotizado antes de entrar en vigencia el sistema pensional de la Ley 100 de 1993"*; de acuerdo con la Resolución 009897 del 2 de mayo de 2007 de la entidad demandada, el cónyuge fallecido contaba con 326 semanas cotizadas al Sistema de Pensiones, de las cuales 308.7143 de ellas lo fueron antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que, afirma, conlleva a la aplicación del principio

constitucional; en el mismo sentido, se pronunció esta Corte en las sentencias de 9 de diciembre de 2006 (Rad. 27367), 4 de febrero de 2009 (Rad. 35306 y 35599), 30 de noviembre de 2000 (Rad. 15057), 5 de abril de 2001 (Rad. 15449) y 18 de febrero de 2005 (Rad. 22732), de las cuales transcribe apartes; en cuanto a la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, bastaba a la demandante demostrar su status de cónyuge, pues el artículo 27 del Decreto 758 de 1990 no trae más requisitos, tales como los contemplados por la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No le asiste razón a la parte opositora cuando afirma que la entidad recurrente busca desvirtuar con el ataque la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, por cuanto este tema no es objeto de controversia en los cargos, toda vez que lo que le imputa la censura al Tribunal es el haber transgredido los artículos 27 y 30 del Acuerdo 049 de 1990, básicamente, por no haber exigido como indispensable para establecer el derecho a la pensión de sobrevivientes la prueba de la convivencia entre los

esposos, sino tener como suficiente para ello la sola acreditación de la calidad de cónyuge supérstite.

Lo primero a destacar es que no es cierto, como lo afirma el recurrente en el segundo cargo, que el Tribunal partió de la base de que no estaba acreditada la convivencia entre los esposos al momento del fallecimiento del afiliado, pues lo que consideró como base de su decisión es que ese requisito no era una exigencia del artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder al derecho, por lo que se limitó a ignorarlo.

Ahora bien, en lo que respecta al argumento central de los ataques, es evidente la equivocación en que incurrió el Tribunal al interpretar el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, pues al establecer éste, en su literal d), que se entiende que falta el cónyuge sobreviviente cuando hay separación legal y definitiva de cuerpos y bienes, y disponer, así mismo, el artículo 30 ibídem, que no tuvo en cuenta el ad quem, que se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando el cónyuge sobreviviente *"...en el momento del deceso no hiciere vida en común con el causante, salvo que se*

hubiere encontrado en imposibilidad de hacerlo porque éste abandonó el hogar sin justa causa o le impidió su acercamiento o compañía.", necesariamente debe concluirse que es indispensable a quien pretenda la pensión de sobrevivientes bajo esta normatividad, acreditar su convivencia con el causante al momento del fallecimiento, a menos que, de haberse suspendido ésta, la separación se deba a causas no imputables al cónyuge sobreviviente, caso en el cual debe demostrarse dicha circunstancia.

Además del anterior error que denuncia la censura, debe indicarse que el Tribunal incurrió en otro que igualmente lo llevó a entender equivocadamente que a la cónyuge solo le correspondía acreditar su condición de tal para acceder el derecho, y es que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, cuando en casos como el presente resulte aplicable el Acuerdo 049 de 1990 por efectos del principio de la condición más beneficiosa, esto se hace solo para efectos de establecer el número de semanas cotizadas, mas no para determinar otros requisitos diferentes como el de la convivencia, que, según se ha dicho, continúan

regidos por la Ley 100 de 1993, bajo cuya vigencia se causó el derecho.

Así lo sostuvo esta Sala en sentencia del 2 de agosto de 2011, radicación 37908, en donde se dijo:

> *"En todo caso, el raciocinio del censor, según el cual cuando se aplica el principio de la condición más beneficiosa debe utilizarse en su integridad la normativa anterior, en este caso el Acuerdo 049 de 1990, no es acertado, pues la Corte ha enseñado que "(...) no es cierto que en los eventos en que el fallecimiento del afiliado ocurra en vigencia del artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, sin cumplir el requisito mínimo de semanas de cotización allí previsto, y que por excepción el operador judicial acuda al principio de la condición más beneficiosa y otorgue la prestación con base en los requisitos de cotización previstos en el régimen anterior, esto se traduzca automáticamente en que para determinar la condición de beneficiario se acuda a dicho régimen, pues por ser excepcionalísima esa aplicación ultraactiva de la norma, las demás condiciones y requisitos de la prestación por regla general deberán ser determinados bajo la legislación vigente a la muerte. La aplicación del régimen anterior para efectos de la convivencia, ha sido aceptado por la jurisprudencia en situaciones muy especiales cuando se trata de trasmisión de derechos por la muerte de un pensionado por vejez o invalidez, que no es aquí el caso." (Sentencia del 23 de febrero de 2010, Rad. 36892).*

Así entonces, con mayor razón en este caso, bajo la regulación del artículo 47 de la Ley 100 de 1994, era indispensable para adquirir el derecho a la pensión de sobrevivientes, la convivencia con el causante al momento de su fallecimiento, por lo que sobre este aspecto resulta fundada la acusación.

No obstante y ser fundada la acusación, de todas maneras, no estaría llamada a prosperar, pues de entrar en instancia la Corte llegaría a la misma conclusión del Tribunal, aunque por razones diferentes, como se pasa a ver.

Efectivamente, a juicio de la Sala es equivocada la conclusión del a quo, según la cual la demandante no acreditó convivencia con el causante y, antes bien, la demandada aportó prueba que la desvirtuaba.

Es innegable que la actora si convivió con el causante, tal como lo acredita de manera contundente el hecho, reconocido por la demandada, de haber procreado aquélla con éste 12 hijos, cuyos registros civiles de nacimiento fueron aportados a folios 7 a 17 y

que reportan nacimientos entre los años 1960 y 1978, es decir, por espacio de 18 años, sin que aparezca demostrado que la situación de convivencia estable dada entre esos años se hubiere interrumpido o no hubiera continuado y que permitiera concluir, como lo hizo el a quo, de que, al momento del fallecimiento los cónyuges se encontraban separados desde hacía más de 10 años.

En la demanda inicial, bajo ningún aspecto, la actora confesó la falta de convivencia con el actor, pues lo que dijo en el hecho quinto de la misma es que *"El señor Gilberto de Jesús Correa durante muchos años se desempeñó como agente vendedor de mercancías y, por esta razón, tenía que salir frecuentemente de la ciudad, situación que lo obligaba a estar por fuera de la casa 8 y hasta 15 días. Pero esta circunstancia laboral no es óbice para predicar por sí sola la falta de convivencia, ésta siempre se mantuvo latente. En el barrio no era muy conocido atendiendo esos desplazamientos en razón de trabajo."*

En la declaración jurada que rindió la actora dentro de la investigación administrativa adelantada por el ISS, tampoco reconoce ésta que hubiere cesado toda convivencia con el esposo

antes del fallecimiento de éste y aunque reconoce que éste pernoctaba en la casa de la madre de él, dice que era en forma intermitente y algunos días al mes, sin que dejara de convivir con ella. Igualmente, frente a la pregunta de con quien convivía el causante al momento de su muerte contestó: *"él estaba viviendo en mi casa, la mamá de él ya había muerto, no se cuándo murió, no se si cuando él murió la mamá llevaba un año o dos años de muerta, no recuerdo, en la carrera 14 – 62 vivía conmigo..."*

El memorando de folios 40 a 44, es un informe rendido por unos investigadores de pensiones del ISS, que ni siquiera fueron llamados a rendir testimonio dentro del proceso, cuya conclusión está basada en la anterior declaración rendida por la demanda y en lo dicho por algunos testigos, pero sin que éstos fueran traídos al proceso, de los cuales ni siquiera se transcribió lo dicho por ellos, sino que se hizo un resumen de lo afirmado en sus declaraciones, de modo que su valor de convicción es muy poco por no decir nulo.

Tampoco es indicativo de que hubiere cesado toda convivencia al momento de la muerte del afiliado, el hecho de que la

demandante hubiere contraído nuevas nupcias, porque, según se informa en la Resolución 009897 del 2 de mayo de 2007, por medio de la cual el ISS negó la prestación, dicho matrimonio se dio el 9 de mayo de 1998, cuando ya el afiliado había fallecido, en 14 de diciembre de 1996. Resolución que tampoco prueba nada, toda vez que se encuentra basada enteramente en la investigación administrativa atrás reseñada.

En conclusión, no aparece demostrado, como lo dedujo el a quo, que la vida común entre los esposos Correa Tobón hubiere terminado con anterioridad al fallecimiento del asegurado, pues ni la demandante reconoció en sus declaraciones ante el ISS, ni dentro del proceso, que ello hubiere tampoco ocurrido y los testimonios en que se basó la entidad demandada, no fueron traídos al proceso, de modo que no es posible verificar sus dichos, ni a través de los funcionarios de la institución que los recepcionaron, ya que éstos tampoco declararon dentro del proceso.

Por lo anterior, aunque el cargo es fundado no prospera.

TERCER CARGO

Acusa la sentencia recurrida de violar indirectamente, en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 27 y 30 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el artículo 1° del Decreto 758 de 1990.

Afirma que la anterior violación se dio como consecuencia de los siguientes errores de hecho:

> *"a) No haber dado por probado, estándolo, que María Aura Tobón en la demanda inicial no adujo que en el momento del deceso hiciera vida en común con Gilberto de Jesús Correa Díaz, el causante".*
>
> *"b) No haber dado por probado, estándolo, que la demandante María Aura Tobón no adujo haberse encontrado en imposibilidad de hacer vida en común con Gilberto de Jesús Correa Díaz, el causante "porque éste abandonó el hogar sin justa causa, o le impidió su acercamiento o compañía".*
>
> *"c) No haber dado por probado, estándolo, que María Aura Tobón en la demanda con la que inició el proceso sólo afirmó que "se mantuvo latente" la convivencia con Gilberto de Jesús Correa Díaz".*
>
> *"d) No haber dado por probado, estándolo, que María Aura Tobón confesó judicialmente estar casada con Gildardo de Jesús Muñoz Castañeda, con quien convivía en el momento del deceso de Gilberto de Jesús Correa Díaz".*

> *"e) No haber dado por probado, estándolo, que una de las razones aducidas por el Instituto de Seguros Sociales en la resolución 9897 de 2 de mayo de 2007 para negar la pensión de sobrevivientes a María Aura Tobón de Correa fue el hecho de haber ella contraído matrimonio con Gildardo de Jesús Múñoz Castañeda el 9 de mayo de 1998.*

Dice que los yerros los cometió el Tribunal por la errada apreciación de la demanda inicial (folios 2 a 4), la Resolución No. 9897 de 2 de mayo de 2007 (folios 18 a 20) y la contestación a la demanda del Instituto (folios 28 a 30), así como por la falta de apreciación del acta juramentada rendida por la demandante (folios 35 a 38), la partida de matrimonio expedida el 1º de febrero de 2007 (folios 139), el memorando de 26 de marzo de 2007 (folios 40 a 44) y la confesión judicial de la actora (folios 49 y 50).

La demostración del cargo, se encuentra planteada en los siguientes términos:

> *"Antes de proceder al examen individualizado de cada una de las pruebas y piezas procesales de las cuales provino la violación indirecta de la ley de la que es acusada la sentencia, resulta pertinente advertir que en este cargo no se controvierte el hecho del matrimonio de María Aura Tobón y Gilberto de Jesús Correa Díaz, pues para la prosperidad del recurso de casación lo que interesa demostrar es la infracción legal en la que se incurrió al no haber dado por probado que, por boca de la propia promotora de este proceso, el Instituto de Seguros Sociales supo que ella se casó con Gildardo de Jesús Muñoz Castañeda muchos años*

antes del deceso de Gilberto de Jesús Correa Díaz, con quien no estaba conviviendo, ya que, según lo declaró bajo juramento el 1º de febrero de 2007 ante una funcionaria del Instituto de Seguros Sociales, convivía con su segundo esposo, de quien obtenía "su sustento económico" (folio 38).

*"**a. La demanda de María Aura Tobón:** Con solo leer la demanda inicial se establece que en dicha pieza procesal la promotora de este juicio no afirmó que ella hiciera vida en común con Gilberto de Jesús Correa, el causante, en el momento de producirse el deceso de éste, pues lo argüido por la demandante fue el hecho de no poderse predicar falta de convivencia entre los dos "porque ésta siempre se mantuvo latente".*

"El artículo 30 del Acuerdo 049 de 1990 es claro en reglamentar que se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando el cónyuge sobreviviente " en el momento del deceso no hiciere vida en común con el causante" y la única salvedad que hace respecto de esta exigencia de la vida en común de los cónyuges se refiere al caso en que el cónyuge que reclama la pensión de sobrevivientes se hubiera encontrado en imposibilidad de hacer vida en común con el causante "porque éste abandonó el hogar sin justa causa o le impidió su acercamiento o compañía".

"La norma del reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte indebidamente aplicada en la sentencia por el tribunal no prevé la hipótesis de una convivencia "latente", adjetivo cuyo significado es el del "oculto y escondido".

"Si el tribunal hubiera sabido leer la demanda de María Aura Tobón, con esa sola pieza procesal hubiera formado el acertado convencimiento de no reunir ella los requisitos para tener derecho a la pensión de sobrevivientes".

*"**b. La resolución 9897 de 2 de mayo de 2007:** Este documento fue aportado con la demanda, y de conformidad el documento que no fue desconocido cuando se aportó, ni tachado de falso, María Aura Tobón estaba conviviendo con su esposo Gildardo de Jesús Muñoz Castañedad, con quien contrajo matrimonio el 9 de mayo de 1998".*

"Como es apenas elemental entenderlo si María Aura Tobón convivía con Gildardo de Jesús Muñoz Castañeda, con quien contrajo matrimonio, no podía estar simultáneamente haciendo vida en común con el causante Gilberto de Jesús Correa Díaz cuando ocurrió el deceso de éste".

"Si el Tribunal no hubiera apreciado erróneamente este documento auténtico aportado con la demanda, necesariamente hubiera formado el convencimiento de que el Instituto de Seguros Sociales actuó correctamente al haber negado la pensión de sobrevivientes a María Aura Tobón, puesto que ella bajo la gravedad de juramento declaró el día 1° de febrero de 2007 haberse vuelto a casar con Gildardo de Jesús Muñoz Castañeda muchos años antes del deceso de Gilberto de Jesús Correa Díaz y hallarse conviviendo con su segundo esposo, quien, además, era la persona de la cual obtenía sus sustento económico".

"De haber apreciado sin error el documento que contiene la resolución 9897 de 2 de mayo de 2007, por fuerza hubiera concluido que la conducta del Instituto de Seguros Sociales al negarle la pensión de sobrevivientes se ajustaba a lo reglamentado en el artículo 30 del Acuerdo 049 de 1990".

***"c. La contestación de la demanda:** Si el tribunal hubiera apreciado sin error las razones de defensa aducidas por el Instituto de Seguros Sociales y en las cuales fundó su negativa a reconocer la pensión de sobrevivientes a María Aura Tobón, hubiera dado por probado que durante la actuación administrativa que precedió a la resolución 9897 de 2 de mayo de 2007 quedó establecido que ella convivía con una persona diferente a Gilberto de Jesús Correa Díaz, pues con el que hacía vida en común, por haber contraído matrimonio, era con Gildardo de Jesús Muñoz Castañeda, de quine obtenía su sustento económico".*

***"d. El acta de la declaración juramentada de María Aura Tobón Díaz:** Si el Tribunal no hubiera incurrido en la inexcusable falta de apreciación de este documento de excepcional importancia para la recta decisión del litigio, con su sola lectura hubiera dado por probado que antes de promover la demanda, ella, bajo la gravedad de juramento, el día 1° de febrero de 2007 declaró haber contraído matrimonio con Gildardo de Jesús Muñoz Castañeda, persona respecto de la cual ella dijo: "yo me volví a casar, ya voy para nueve años, me casé con Gildardo Muñoz, actualmente vivo con él y no tenemos hijos", (folio 38)".*

"El acta también registra el hecho de habérsele preguntado en dónde residía, con quién vivía y de qué manera obtenía sus sustento económico, habiendo bajo la gravedad de juramento María Aura Tobón contestado así: "en Girardota en la Bolívar carrea 14 10 62, vivo con mi esposo GILDARDO MUÑOZ (folio 38)".

"e. La partida de matrimonio expedida el 1° de febrero de 2007 por la Diócesis de Girardota: *Con este documento se prueba que el Instituto de Seguros Sociales tuvo pleno fundamento para negar la pensión de sobrevivientes a María Aura Tobón en la resolución 9897 de 2 de mayo de 2007- que se aportó con la demanda inicial- en la que se expresó como razón de dicha negativa que ella convivía con su esposo GILDARDO DE JESÚS MUÑOZ CASTAÑEDA con quien contrajo matrimonio el día 9 de mayo de 1998 (folio 19), conforme está textualmente dicho en ese documento, en el cual igualmente se lee que María Aura Tobón y Gilberto de Jesús Correa Díaz se encontraban separados de cueros desde hacía diez año al momento de producirse el deceso de éste (ibídem)".*

"Si el Tribunal hubiera apreciado este documento- que no apreció pues no hace mención de la partida de matrimonio en la sentencia- hubiera dado por probado que al Instituto de Seguros Sociales le asistía razón al haberse negado a reconocer la pensión de sobrevivientes".

"f. El memorando de 26 de marzo de 2007: *Este memorando que fue preterido por el tribunal al dicta sentencia, al igual que las otras pruebas de las que se le reprocha no haberlas apreciado, le hubiera permitido formar el convencimiento de haber efectuado el Instituto de Seguros Sociales con gran esmero diligencias que le permitieron determinar que Gilberto de Jesús Correa Díaz, el causante, y María Aura Tobón de Correa se encontraban separados para el día 14 de diciembre de 1996, fecha en la que aquél falleció, y que por haberse también casado con Gildardo de Jesús Muñoz Castañeda el 9 de mayo de 1998, para cuando ocurrió el deceso del causante no hacían vida en común por haberse separado "al menos desde hacía diez años (folio 42)".*

"g. La confesión judicial de María Aura Tobón: *Si el Tribunal hubiera apreciado la diligencia de interrogatorio que a instancia del Instituto de Seguros Sociales absolvió María Aura Tobón, hubiera encontrado que ella confesó en la primera de sus respuestas estar casada con Gildardo de Jesús Muñoz Castañeda".*

"Esta confesión judicial es la prueba concluyente del hecho de ser cierto que por haberse casado ella con Gildardo de Jesús Muñoz Castañeda, matrimonio celebrado el 9 de mayo de 1998, con quien convivía era con éste y no con Gilberto de Jesús Correa Díaz, de quien se había separado unos diez años antes del deceso del causante, sin que obre prueba de cual fue el motivo de esa separación, por lo que no es el caso de considerar que no se

está ante la salvedad que trae el artículo 30 del Acuerdo 49 de 1990, de no estar haciendo el cónyuge sobreviviente vida en común con el causante por haberse encontrado en imposibilidad de hacerlo porque éste abandonó el hogar sin justa causa o le impidió su acercamiento o compañía conforme lo preveía dicha norma".

"Quedan así demostrado los crasos errores de hechos de los que provino la violación indirecta de la ley que obligar a casar la sentencia".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tal como se dejó visto al despachar los anteriores cargos, el fundamento esencial de la decisión del Tribunal estribó en que bajo el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, no era necesario a la actora acreditar la convivencia al momento del fallecimiento, sino simplemente su condición de cónyuge sobreviviente, por lo que no entró a analizar si dicha convivencia se encontraba acreditada o no dentro del proceso, de manera que no pudo incurrir en los yerros fácticos de que lo acusa la censura.

Ahora bien, aunque, según se dejó visto, fue equivocada la conclusión jurídica del ad quem, de todas maneras, esa

equivocación no resulta trascendente para la decisión, toda vez que la convivencia que demostró la demandante haber tenido con el causante, al haber procreado con éste 12 hijos, no aparece desvirtuada en el proceso, según se dejó analizado en las consideraciones realizadas para despachar los cargos anteriores, de lo cual solo cabe recalcar que las nuevas nupcias que reconoció la demandante haber contraído con el señor Gildardo Muñoz lo fueron después del fallecimiento del afiliado y no antes como lo alega la censura, por lo que no resulta relevante para el caso.

En todo lo demás, se remite la Corte al análisis probatorio que en sede de instancia correspondería de prosperar la acusación, antes realizado y que, muy claramente, deja ver que los errores de hecho que se imputan al Tribunal en este cargo no son fundados.

Sin costas en el recurso extraordinario, al ser parcialmente fundada la acusación del tercer cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el 10 de agosto de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del juicio ordinario laboral adelantado por **MARÍA AURA TOBÓN DE CORREA** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.**

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

No firma por ausencia justificada
ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA
ACLARO EL VOTO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Aclaro el voto.

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

CAMILO TARQUINO GALLEGO

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia que en la fecha fijo edicto

Bogotá, D C 18 ENE. 2012

Secretario

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia que en la fecha y hora señalados, quedó ejecutoriada la presente providencia.

Bogotá, D.C. 25 ENE. 2012 hora 5pm

Secretario

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Radicación N° 44020

Estoy de acuerdo con la decisión adoptada, pero debo aclarar que en mi opinión el Tribunal no incurrió en una equivocada interpretación del artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, como tampoco en la infracción directa del 30 de ese estatuto

Se considera en la sentencia que *"[e]s evidente la equivocación en que incurrió el Tribunal al interpretar el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, pues al establecer éste, en su literal d), que se entiende que falta el cónyuge sobreviviente cuando hay separación legal y definitiva de cuerpos y bienes, y disponer, así mismo, el artículo 30 ibídem , que no tuvo en cuenta el ad quem, que se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando el cónyuge sobreviviente '...en el momento del deceso no hiciere vida en común con el causante, salvo que se hubiere encontrado en la imposibilidad de hacerlo porque éste abandonó el hogar sin justa causa o le impidió su acercamiento o compañía', necesariamente debe concluirse*

que es indispensable a quien pretenda la pensión de sobrevivientes bajo esta normatividad, acreditar su convivencia con el causante al momento del fallecimiento, a menos que, de haberse suspendido ésta, la separación se deba a causas no imputables al cónyuge sobreviviente, caso en el cual debe demostrarse dicha circunstancia".

Es mi opinión que, al discurrir la Sala de la anterior manera, se le impone un fardo probatorio excesivo (el de acreditar la convivencia con el causante) al cónyuge que pretenda beneficiarse de una pensión de sobrevivientes, carga que no surge del texto de las normas citadas que se citan en apoyo del razonamiento; y que, por otra parte, no se corresponde con las tradicionales reglas de la carga de la prueba.

En efecto, el numeral 1 del artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, *"En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado*". Luego, señala varios eventos en los que se entiende que falta el cónyuge, incluyendo la separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.

Por manera que quien, en su calidad de cónyuge, aspire a la prestación por muerte solamente debe acreditar que ostenta esa condición jurídica pero no, obviamente, que no ha dejado de ostentarla o que no la ha

perdido; hechos que, desde luego, darían lugar a que el derecho no se causara y que, como medios exceptivos de la configuración del derecho no deben ser acreditados por quien se considera su titular sino por la persona en cuyo favor surgiría el derecho ante la falta del cónyuge, esto es, el compañero o la compañera permanente o por quien estime que la obligación pensional no surgió a su cargo, en este caso, el Seguro Social.

Considero que exigir la prueba de que la calidad o estado jurídico que otorga un derecho no se ha perdido, constituye una distorsión de las reglas de la carga de la prueba establecidas, entre otros, en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que reclama a las partes simplemente la prueba "*del supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto que ellas persiguen*", pero no, desde luego, el de la inexistencia de los hechos que impiden la causación del derecho o dan lugar a su extinción.

De modo que atenta contra esas reglas demandar la demostración de que no se ha incurrido en uno de los casos que, en los términos del artículo 30 del reseñado Acuerdo 049 de 1990, dan lugar a la pérdida y extinción del derecho.

Por esa razón, también considero que si el hecho de no hacer vida en común con el causante en el momento del deceso es causal de pérdida del derecho a la prestación de sobrevivencia para el cónyuge, ello en modo

alguno significa que deba acreditar que hacía vida en común con aquel, pues, por obvias razones, insisto, la prueba de que se perdió el derecho no le corresponde al beneficiario, sino a la entidad de seguridad social que considere que la obligación del pago de la prestación no surgió o a quien pretenda disputar el derecho.

Con el acostumbrado respeto,

Fecha ut supra

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA