CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

Magistrado Ponente

SL13273-2016

Radicación n.° 41210

Acta 19

Bogotá, D.C., primero (1) de junio de dos mil dieciséis (2016).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por **MARÍA OFELIA SUCERQUIA DE PULGARÍN** contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 4 de febrero de 2009, en el proceso que le promovió al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y MARTA ELVIA QUIROZ RESTREPO.**

En los términos del escrito visible a folios 54 y 55, téngase a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, como sustituta procesal del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

I. ANTECEDENTES

Para que se le declarara beneficiaria de la sustitución de la pensión que en vida disfrutaba su esposo Raúl Pulgarín Gómez, María Ofelia Sucerquia de Pulgarín demandó al Instituto de Seguros Sociales y a Martha Elvia Quiroz Restrepo.

Fundamentó sus pretensiones en la respuesta emitida por el ISS mediante Resolución 12714 de 23 de agosto de 2002, que dejó en suspenso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada por la muerte de su pensionado esposo, acaecida el 27 de abril de 2002, debido a que la otra demandada había elevado similar petición, en su carácter de compañera permanente.

Relató que el matrimonio celebrado con el causante el 16 de marzo de 1965 y en el que procrearon 4 hijos, perduró hasta el final de los días de aquél, a pesar de la relación extramatrimonial que su esposo mantuvo con Quiróz Restrepo hasta 3 años antes del deceso, de suerte que «*continuaron compartiendo mesa, techo y lecho, en especial los fines de semana lo que ocurrió hasta el momento de su muerte*»

El ISS dijo estar dispuesto a reconocer la pensión a quien el juez dispusiera, según los términos del artículo 34 del Decreto 758 de 1990. Formuló las excepciones de

cumplimiento de un deber legal, imposibilidad de condena en costas y prescripción.

Admitió la permanencia del vínculo matrimonal del extinto pensionado y la demandante hasta la fecha de fallecimiento del primero, así como la decisión de suspender el reconocimiento de la prestación, hasta tanto la administración de justicia decida a quien le corresponde el derecho, dada la solicitud que en igual sentido elevó la señora Quiroz, en su condición de compañera permanente (fls. 50 a 52).

Marta Elvia Quiroz Restrepo se opuso a las pretensiones y propuso la excepción de falta de causa para pedir. Dijo que no le constaban el matrimonio de Pulgarín Gómez y la demandante, su subsistencia hasta la muerte del primero, ni la procreación de 4 hijos.

Afirmó que es ella quien reune las exigencias del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, antes de la reforma de la Ley 797 de 2003, de suerte que se le debe reconocer la pensión de sobrevivientes. Que estuvo haciendo vida marital con el señor Pulgarín desde antes que se le concediera la pensión de vejez, hasta su muerte y que tuvieron 2 hijos, nacidos en 1971 y 1974. Desmintió la convivencia de fines de semana sostenida por la actora y la terminación de su relación extramatrimonial con Raúl Pulgarín 3 años antes del fallecimiento del pensionado y que fue ella quien lo atendió durante la enfermedad que le produjo la muerte, tanto que junto con su hija sufragaron los gastos funerarios (fls. 64 a 69).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En la que fue proferida el 7 de julio de 2008, el Juzgado Cuarto Laboral de Descongestión del Circuito de Medellín declaró que Marta Elvia Quiroz, como compañera permanente, tiene derecho a la pensión de sobrevivencia y que María Ofelia Sucerquia no es beneficiaria de tal prestación. Condenó al ISS a pagar el retroactivo causado y a partir del 1º de julio de 2008, 14 mesadas al año de $1.061.527.62 cada una y los reajustes anuales de ley. No impuso costas.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al desatar la alzada formulada por la promotora del litigio, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín confirmó la decisión del a quo sin imposición de costas.

Luego de trascribir el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, aplicable al caso dada la fecha de la muerte del pensionado, y hacer algún comentario, discurrió así:

> *A la luz de la ley 100 de 1993, ha considerado la jurisprudencia que en caso de convivencia simultánea del pensionado con la cónyuge y la compañera permanente, la primera excluye a la segunda. Sin embargo y en toda forma, es necesario que se observe el requisito de la convivencia desde el momento en que el causante haya cumplido los requisitos para tener derecho a la pensión y hasta su muerte, requisito este último que en concepto de la Sala, no logró demostrar*

la cónyuge, como tampoco la compañera permanente, puesto que la prueba estudiada en su conjunto apunta a que si bien el causante antes de su muerte visitaba tanto a la una como a la otra semanalmente e incluso amanecía en sus respectivas casas, en realidad vivía de planta sólo, en un apartamento, desde hacía dos (02) años anteriores al momento de su muerte. Es decir, durante la primera etapa de su matrimonio, vivió con su conyuge, y luego sin abandonarla completamente, sobre todo en el aspecto económico (;) convivió durante muchos años con su compañera permanente, pero dos (02) años antes de su muerte también se había separado de ella sin que ello signifique que haya dejado de frecuentarla. Finalmente hay que aclarar que aunque ambas procrearon hijos con el pensionado, tal situación tiene la virtud de eximir del requisito de la continuidad en la convivencia durante los dos (02) años anteriores a su muerte, pero no de la convivencia al momento de la muerte del pensionado, pues a partir de la Ley 100 de 1993, se estableció que es la ***efectiva vida de pareja durante los años anteriores al deceso del pensionado,*** *la que legitima la sustitución pensional, por encima de cualquier otra consideración, es decir, que no basta con el hecho de ser cónyuge y que tal vínculo se encuentre vigente o haber tenido hijos con el fallecido, para ser considerado beneficiario de la pensión, como acontecía en el régimen anterior, sino que se debe demostrar una convivencia efectiva que comporta una comunidad de vida familiar, con vocación de estabilidad».* (subrayas y negrillas en el texto).

Con base en la preceptiva del artículo 7º del Decreto 1889 de 1994, consideró que en los casos de convivencia simultánea, siempre que se acredite la convivencia, es la cónyuge supérstite quien tiene el derecho, dado que el fin de la norma es brindar protección a quien convivió responsablemente con el pensionado fallecido y le prestó apoyo efectivo, para que no tenga que *«verse avocado* (sic) *a*

soportar las cargas materiales y morales que generan la muerte de un familiar».

Copió un pasaje de la sentencia de casación 10406 de 17 de abril de 1998 y advirtió sobre la imposibilidad de revocar el fallo del a quo, toda vez que el Instituto no lo impugnó; hacerlo, dijo, comportaría afrentar el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo. En ese orden, como en el interrogatorio de parte, la accionante afirmó que el causante iba cada 8 días a su casa y vivía solo cerca al parque de Belén, lo cual fue ratificado por los testigos, queda claro que esta tampoco probó la convivencia al final de la vida del pensionado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte case el fallo gravado, *«por estar demostradas las causales aludidas y en sede de instancia revocar parcialmente la sentencia de primera instancia que concedió el derecho a la pensión únicamente a la compañera permanente declarando que este derecho pertenece en un 50% a la esposa señora OFELIA SUCERQUIA DE PULGARÍN».*

Con ese propósito presentó dos cargos, que con vista en la réplica, se decidirán en el orden propuesto.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la interpretación errónea del inciso 2º del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 7º y 9º del Decreto 1889 de 1994.

En la demostración, aduce que el desacierto hermenéutico del Tribunal recayó específicamente sobre el vocablo "convivencia", en tanto se le debe dar un significado en el contexto *«del comportamiento que supone el manejo de las complejas relaciones que comportan un triángulo amoroso»,* puesto que es lógico que *«la convivencia con el varón en estos casos para ninguna de las dos mujeres es continua en el estricto sentido de la palabra a no ser que se tratara de un harén, lo que no es propiamente una costumbre latina y menos en la colombiana donde las relaciones extramaritales tienen un componente conductual arcano».*

Cita y copia un pasaje de un salvamento de voto de la Sala de Casación Civil y manifiesta que no discute que el causante residía solo, pero que siguió frecuentando a su compañera permanente y a su esposa, *«con quien pasaba todos los fines de semana, desde los viernes hasta el domingo, es decir tres (3) días a la semana, los mas (sic) importantes quizá, porque en este tiempo está toda la familia reunida y son más propicios los afectos».* Esto, dice, quedó acreditado con la declaración de parte rendida por la señora

Sucerquia y los testimonios practicados, incluso con la confesión de Marta Quiroz (fls.115 y 116).

Reprocha que el ad quem hubiera entendido la palabra "convivencia" en la forma en que lo hizo, pues con ello exigió al causante *«un imposible»* consistente en imponerle que conviviera simultáneamente con las 2 señoras, y que estuviera con ellas con la misma continuidad y frecuencia, como si se tratara de una sola relación.

Asevera que según el diccionario de la RAE convivir es vivir en compañía de otro u otros, mientras que cohabitar significa habitar juntamente con otras u otras personas y reitera que el extinto pensionado no cohabitaba ininterrumpidamente con su compañera permanente, ni con su esposa, pero sí convivía con las dos, a quienes, obviamente, dedicaba solo algunos días, sin que ello pueda asumirse como falta de ánimo de relación de pareja, a más de la ayuda económica que siempre prodigó a su esposa. Por último, expone:

> *No se puede servir a la vez a dos señores dice el adagio popular; tampoco se puede servir a la vez a dos señoras, de ahí que el pensionado haya tomado como opción de vida residenciarse sólo, pero servir a sus dos mujeres cada una a su vez, disfrutando también de su derecho a la intimidad; esto implica necesariamente una aplicación de tiempos y espacios y la prueba fue inobjetable en el sentido de que el causante frecuentaba a sus dos mujeres y compartía rutinariamente con sus núcleos familiares en precisos espacios de tiempo.*

La interpretación hecha por el H. Tribunal (…) es equivocada entonces desde la perspectiva de la separada convivencia del causante con dos mujeres en las cuales (sic) *tuvo hijos y tal interpretación fue determinante del fallo (…), porque, (…) la frecuentación* (sic) *del señor Pulgarín a su esposa y a su compañera permanente estuvo acreditada en el proceso, pero esto no lo consideró como la convivencia a que se refiere la norma, causándose así su errónea interpretación*

VII. RÉPLICA

Desde la técnica de la casación, glosa la mixtura de vías en que incurre la censura y advierte que el escrito presentado se asemeja más a un alegato de instancia.

Manifiesta que sobre la problemática planteada en este proceso, la jurisprudencia se ha pronunciado, por ejemplo en sentencia de casación 32392 de 22 de abril de 2008, en el sentido de conceder la sustitución de la pensión a la cónyuge supérstite.

VIII. CONSIDERACIONES

A la oposición, le asiste razón en cuanto a las deficiencias técnicas que enrostra a la demanda, no en que el problema jurídico suscitado en este contencioso, en la forma en que lo abordó el *ad quem*, ya fue resuelto por esta Sala de la Corte.

A partir del hecho no controversial de que la muerte del pensionado Raúl Pulgarín Gómez sucedió el 27 de abril de 2002, es indiscutible que la norma llamada a aplicarse es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, antes de la reforma que le introdujo la Ley 797 de 2003.

Dada la modalidad por la que se dirige el ataque, la censura está de acuerdo en que dicho precepto es el que debe producir efectos en este caso; así mismo, la senda directa seleccionada supone la aceptación de que ninguna de las contendientes acreditó el requisito de convivencia que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

En lo que puede rescatarse como propio de la senda de puro derecho, la recurrente cuestiona al Tribunal por no haber deducido de aquella norma, ni del artículo 7º del Decreto 1889 de 1994, que cuando se presenta el caso de convivencia simultánea del afiliado o pensionado con su cónyuge y la compañera permanente, la solución a impartir es la distribución de la prestación entre las 2 aspirantes.

En varios pronunciamientos, esta Sala de la Corte ha adoctrinado que en vigencia de la Ley 100 de 1993, antes de la enmienda del año 2003, en los eventos de convivencia simultánea entre cónyuge supérstite y compañera permanente, el artículo 47 de dicho ordenamiento no contemplaba como posible la solución que introdujo el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. No empece, en cualquier caso, la convivencia es requisito de necesaria concurrencia

para que pueda examinarse la viabilidad de la prestación por muerte, dada la teleología del precepto en mención, que no es otra que amparar al grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece.

La convivencia que debe demostrar quien aspire a ocupar el lugar del pensionado en la recepción de la prestación, es la que exhiba condiciones de responsabilidad en el propósito de conformar una familia, brindar acompañamiento espiritual, 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»* CSJ SL, 5 may. 2005, rad. 22560).

Como con facilidad se deduce, la noción de convivencia que la recurrente propone dista enormemente de la que la jurisprudencia ha venido manejando y se aleja en gran medida del propósito de la norma, lo cual no comporta la imposición de una restricción a la forma como cada persona elija conducir su vida en sus diferentes aspectos, que seguramente merecerán protección en otros ámbitos, no en la materia que se debate.

En consecuencia, el cargo no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

Invoca la causal primera de casación, *«por proferirse sentencia sin la apreciación de determinada prueba, acusada como violatoria de manera indirecta de la ley sustancial»*.

Aduce que el Tribunal y el a quo ignoraron la confesión de las partes (fls. 115 y 116), toda vez que en tales documentos esposa y compañera permanente admitieron la convivencia simultánea. Si esta prueba, arguye, se hubiera apreciado en conjunto con testimonios e indicios, necesariamente se hubiera concluido que las dos tienen derecho a la sustitución pensional y el fallador no hubiera basado su decisión en la versión de la señora Sucerquia, según la cual, el causante vivía solo en un apartamento y cada 8 días la visitaba.

Alega que si se hubieran apreciado aquellas confesiones, el ad quem hubiera dado por probado que las dos interesadas tienen derecho a la pensión dejada por el señor Pulgarín.

Por último, critica el trato desigual entre cónyuge y compañera permanente, y añade que quien resultó ganadora en este proceso es, precisamente, quien no tiene dificultades económicas, pues se encuentra pensionada.

X. LA RÉPLICA

Reprocha que no obstante que la recurrente enrutó el ataque por la vía indirecta, desvíe su alegato hacia temas netamente jurídicos.

XI. CONSIDERACIONES

En esta acusación, el desconocimiento de la técnica de la casación es evidente, toda vez que la formulación del cargo carece de un insumo imprescindible con el que debe contar la Corte a la hora de realizar el control de legalidad que le compete en esta sede, que debe hacerse con base en las normas que la censura denuncia como trasgredidas, pues quien acude en casación corre con la carga de señalar siquiera una de las normas violadas que sirvió de soporte al fallo gravado o que debió haber sido aplicada.

Igualmente, milita en contra de la posibilidad de estudiar de fondo el cargo, la ausencia de la casi totalidad de exigencias técnicas de un cargo por vía indirecta, en tanto tampoco se indicaron las pruebas inapreciadas o mal valoradas, los supuestos errores de hecho o de derecho, y mucho menos se explicó en que consistieron los mismos y cómo incidieron en la violación de las normas sustanciales de alcance nacional.

En consecuencia, el cargo no es estimable.

Dado que se presentó réplica, costas a cargo de la recurrente, con inclusión de $3.250.000.oo, como agencias en derecho.

XII. 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, **NO CASA** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 4 de febrero de 2009, en el proceso que promovió **MARÍA OFELIA SUCERQUIA DE PULGARÍN** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y MARTA ELVIA QUIRÓZ RESTREPO.**

Costas, como se dijo en la parte motiva.

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

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Presidente de Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS