

**GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ**  
**Magistrado Ponente**

**SL21880-2017**  
**Radicación n.º 53270**  
**Acta 19**

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **MARÍA NOIRA SANTA GONZÁLEZ** contra la sentencia proferida por la Sala Décima Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Medellín, el 31 de marzo de 2011, dentro del proceso ordinario laboral que promovió ella y la señora **MARTHA ISABEL ROJAS BETANCOURT** - interviniente *ad excludendum* - contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Se acepta el impedimento manifestado por el doctor Omar de Jesús Restrepo Ochoa.

**I. ANTECEDENTES**

La señora María Noira Santa González demandó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Protección S.A., para que, en lo que interesa al recurso de casación, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho en calidad de compañera permanente del afiliado fallecido Luis Arturo Fajardo Arango, a partir del 3 de diciembre de 2005, incluyendo las mesadas ya causadas y las que se causen, las mesadas especiales de junio y diciembre, intereses moratorios e indexación.

Fundamentó sus pretensiones en los siguientes aspectos fácticos: que convivió con el señor Luis Arturo Fajardo Arango durante un tiempo superior a 18 años y, de esa unión nació Juan Esteban Fajardo Santa; que el señor Fajardo Arango falleció el 3 de diciembre de 2005, estando afiliado a la demandada; que el 19 de enero de 2006 presentó solicitud de la pensión de sobrevivientes a nombre propio y del menor Juan Esteban, la cual fue resuelta positivamente solo sobre el 50% del menor; que reiteró la solicitud el 26 de enero de 2007, pero nuevamente fue negada; que por la investigación realizada por la entidad accionada, tuvo conocimiento que el causante estuvo casado con la señora Martha Isabel Rojas Betancourt, quien también solicitó la pensión de sobrevivientes.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones incoadas por la demandante, en cuanto a los hechos aceptó como ciertos que la actora presentó solicitud de pensión de sobrevivientes y que esta fue negada, la muerte del afiliado y la acreditación de los requisitos para que sus potenciales beneficiarios pudiesen acceder a la pensión

reclamada; que reconoció la pensión al menor Juan Esteban Fajardo Santa en un 50%. No admitió que la demandante conviviera con el causante.

Propuso las excepciones de mérito que llamó: falta de causa para pedir, pago y buena fe.

Al proceso fue vinculada como interviniente *ad excludendum* la señora Martha Isabel Rojas Betancourt, quien solicitó se condenase a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a pagarle la pensión de sobrevivientes a partir del 3 de diciembre de 2005.

Fundamentó sus pretensiones en los siguientes aspectos fácticos: que contrajo matrimonio con el señor Luis Arturo Fajardo el 20 de enero de 1979, con quien conformó una familia hasta finales de 1987, por separación de hecho, pero el vínculo matrimonial estuvo vigente hasta el 3 de diciembre de 2005, fecha en que falleció el causante; que a pesar de la separación de hecho, nunca se extinguió el lazo familiar; que el 19 de enero de 2006 presentó solicitud ante la demandada para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue resuelta favorablemente el 21 de junio de 2006, en un porcentaje del 50%; que posteriormente, el Fondo de Pensiones se «retractó» en su decisión, por impugnación que hizo la señora María Noira Santa González, alegando la calidad de compañera.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones incoadas por la demandante, en cuanto a los

hechos admitió como ciertos el matrimonio con el causante, el reconocimiento pensional y la posterior suspensión por existir otra solicitante. Respecto de la convivencia señaló que no le constaba.

Propuso las excepciones de mérito que llamó: falta de causa para pedir, pago, buena fe y prescripción.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, absolvió mediante sentencia del 19 de abril de 2010, al fondo de pensiones demandado de todas las pretensiones presentadas por las demandantes.

## **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala Décima Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia del 31 de marzo de 2011 confirmó el fallo de primera instancia apelado por la señora María Noira Santa González.

El *ad quem*, para decidir el recurso de apelación presentado, sostuvo:

*En este caso, se observa que la pensión de sobrevivientes solicitada por la demandante, le fue negada por el Juez del conocimiento, al considerar que la misma no logró acreditar los 5 años de convivencia exigidos por la ley 797 de 2003, norma vigente para el momento en que se causó el derecho, por lo que, con el fin de esclarecer la referida convivencia que alega la actora cumple a cabalidad, procederemos a analizar las declaraciones testimoniales allegadas al plenario, de las cuales resaltamos lo que sirve al proceso, así:*

[...]

*Atendiendo a la prueba testimonial recaudada en el plenario, que en últimas termina siendo la base sobre la cual se podría entrar a proferir una decisión favorable a los intereses de la demandante, considera esta Sala de Decisión que realmente la misma se encuentra muy dividida, es decir, los testigos de cada parte hacen un enorme esfuerzo por favorecer los intereses de su representada, existiendo coherencia entre los dichos de parte y parte, sin que se logre evidenciar prevalencia de unas declaraciones respecto de las otras, por lo que no es posible acceder a las pretensiones de la demandante.*

*Lo anterior, aunado al hecho de que el apoderado de la accionante aduce en su escrito de apelación que basta con dar una mirada a la declaración rendida por el hermano del causante, señor Carlos Mario Fajardo Arango, para concluir que efectivamente la convivencia entre su representada y el causante se dio por un espacio de tiempo muy superior a los 5 años exigidos por la Ley vigente al momento de causarse el derecho a la pensión, sin embargo, si bien es cierto dicha declaración permite llegar a esa conclusión, no se pueden pasar por alto las demás declaraciones arrojadas al expediente, que también son claras en manifestar lo contrario, es decir, que si bien pudo existir convivencia entre la señora María Noira y el fallecido, la misma no fue continua en los 5 años anteriores al fallecimiento de éste, por lo que con esta simple manifestación de la parte actora, no es posible conceder a la pensión reclamada.*

[...]

*Finalmente, en lo relacionado con que la interviniente ad excludendum ocultó el hecho de que hubiese realizado disolución y liquidación de la sociedad conyugal, este hecho no tiene ninguna trascendencia para el proceso, ya que es claro que en esta oportunidad la pensión no se le está negando a la demandante porque la cónyuge tuviera derecho a la misma, ya que es claro como en el interrogatorio de parte, la señora Martha Isabel manifestó que no vivía con el causante al momento de su muerte, sino que la pensión se le negó a la actora porque no logró cumplir con la carga probatoria que le correspondía, es decir, no logró probar la convivencia con el afiliado fallecido, por un espacio de tiempo de 5 años continuos al momento de la muerte del causante, evidenciándose al parecer una convivencia con ambas reclamantes, por lo que con esta afirmación tampoco se procederá a modificar la decisión tomada en Primera Instancia.*

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

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

## V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretendió la recurrente:

*[...] la **CASACIÓN TOTAL** del fallo recurrido, para que en subsiguiente **SEDE DE INSTANCIA** se sirva **REVOCAR** el fallo de primer grado y en su lugar acceder a las súplicas del libelo genitor. Se provea sobre costas como es de rigor.*

Con tal propósito formuló dos cargos, los cuales fueron replicados y, serán resueltos conjuntamente por estar orientados por la misma vía y perseguir igual fin.

## VI. CARGO PRIMERO

Acusó la sentencia del Tribunal, por:

*[...] la vía directa, interpretación errónea del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en relación con los artículos 50, 141, 142 ibídem. Artículos 42, 48, 53 y 58 de la Constitución Nacional.*

Para demostrar el cargo, después de transcribir apartes de lo dicho por el juez de segunda instancia, referirse al artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y, a la sentencia C-1094 de 2003 de la Corte Constitucional, explicó:

*En manera alguna debe entenderse, que cuando se trate de un afiliado- calidad que tenía el asegurado fallecido y que no se discute porque la encontró demostrada el Ad-quem- la ley traiga como exigencia (5) cinco años de convivencia con antelación a su muerte, pues no queda duda que ese requisito, conforme a la norma y a la sentencia de exequibilidad condicionada atrás transcrita (que debe ser atacada por los operadores jurídicos), solamente le es exigible a la cónyuge o a la compañera permanente cuando se trata de un pensionado, pero no cuando, como en este caso, fallece un afiliado.*

*[...]*

*Indudablemente en los eventos en que fallece un pensionado, la verificación de requisitos es un simple problema de beneficiarios, donde no es necesario confrontar otros requisitos adicionales como densidad de cotizaciones, fidelidad con el sistema, etc.; por ello la Ley fue más rigurosa en la exigencia de un periodo superior de convivencia, para asegurar la sostenibilidad financiera en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, fin con el que se expidió inicialmente la ley 797 de 2003 y luego el Acto Legislativo No. 1 de 2005.*

*De lo dicho se colige, con meridiana claridad, que cuando la pensión de supervivientes se cause por muerte del asegurado, la convivencia ha de ser de dos años, pues cuando la pareja había constituido una verdadera familia bien por vínculos naturales, ora jurídicos (Art. 42 Constitución Nacional) es apenas natural que deba tener la protección que la misma Constitución le prodiga.*

## **VII. RÉPLICA**

La parte opositora manifestó en lo que interesa al debate, que:

1- *De acuerdo con la técnica de casación relativa a los ataques por la vía directa, el recurrente está obligado a aceptar todas las conclusiones de orden probatorio en las que el Tribunal haya asentado su sentencia, que para el caso particular que nos atañe fueron expuestas de la siguiente manera:*

*[...]*

*Es claro, entonces, que la absolución impartida a la Administradora por el juzgador ad quem estuvo cimentada en inferencias de ostensible estirpe fáctica, que en razón de la senda seleccionada para intentar el ataque permanecen incólumes y, en tal virtud, obran como soporte sólido del fallo acusado.*

2- *Además, es palmario que la impugnante se valió de argumentaciones de naturaleza probatoria para sustentar su arremetida, en patente afrenta a la mencionada técnica de casación. Para verificarlo, se reproduce un aparte de su embate:*

*[...]*

*Así las cosas, basta con comparar los párrafos de la sentencia del Tribunal con lo planteado en la demanda de casación para hallar que el juez colegiado en ningún momento admitió que hubiera habido una convivencia de la señora Santa con el causante por dos años pues lo que verdaderamente dijo fue que aunque tal convivencia hubiera existido no fue continua en los cinco años previos al deceso del señor Fajardo Arango, que es algo bien distinto.*

3- *Y por si lo expuesto con antelación no fuera suficiente para desestimar el cargo, debe resaltarse que en la proposición jurídica se escoge la interpretación errónea como modalidad de infracción del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.*

*Sin embargo, es bien sabido que dicha modalidad sólo opera cuando el juez le da a la norma un entendimiento absolutamente alejado de su significado semántico o se aparta de la intelección que le haya dado la jurisprudencia, situación que no se presentó el juicio que nos concierne porque, bien por el contrario de lo afirmado por la recurrente, los razonamientos del fallador de segunda instancia se avienen en un todo a las tesis expuestas por la H. Sala sobre la materia [...].*

[...]

*Por consiguiente, es claro que, de acuerdo con las enseñanzas de la H. Sala antes transcritas, para poder conseguir el éxito de sus pretensiones la señora Santa González estaba imperiosamente compelida a demostrar una convivencia permanente con el señor Fajardo Arango, no inferior a cinco años y hasta el momento de la defunción, convivencia ésta que el Tribunal no encontró comprobada dentro de la facultad de libre formación del convencimiento de la que estaba legalmente dotado.*

## **VIII. CARGO SEGUNDO**

Acusó la sentencia del Tribunal, por:

*[...] la vía directa, infracción directa de los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificadas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, en relación con los artículos 50, 141, 142 ibídem. Artículos 42, 48, 53 y 58 de la Constitución Nacional.*

Para demostrar el cargo, explicó:

*Se da por descontado, porque así lo halló demostrado el Tribunal y no lo discute el cargo por el sendero escogido para el ataque, que la actora convivió con el asegurado más de dos años, exactamente tres años.*

[...]

*En este caso, cuando la Corte Constitucional resuelve que: “En primer lugar el régimen de convivencia por 5 años solo se fija para caso de los pensionados [...]” y lo reitera que su finalidad es la de evitar uniones precarias con el único fin de beneficiarse de una pensión, está haciendo un control de Constitucionalidad legítimo y por ende está excluyendo que ese mismo requisito se aplique para*

*el caso de los afiliados, porque así lo está diciendo expresamente que solo aplica a los pensionados.*

*En ese sentido, es claro que el Tribunal se está rebelando contra la Ley y de paso contra la decisión de constitucionalidad morigerada, que solo permite la hipótesis de que cuando se reclame una sustitución pensional se observe la regla de exigir cinco años de convivencia, pero cuando se trate de afiliados, solo dos, rebeldía contra la norma que es clara en tanto, conociéndola o estando obligado a conocerle (la ignorancia de la ley no sirve de excusa) no la acata.*

## **IX. RÉPLICA**

La parte opositora manifestó en lo que interesa al debate, que:

*Además, frente a la anotación que hace la recurrente de que "Se da por descontado, porque así lo halló demostrado el Tribunal y no lo discute el cargo por el sendero escogido para el ataque, que la actora convivió con el asegurado más de dos años, exactamente tres años" (f 18, c. de la Corte) debe ponerse de manifiesto que es irrefragable que no coincide con lo expuesto por el sentenciador de segundo grado en su fallo en la medida en que en él únicamente se expresó que no hubo una vida en común y constante durante cinco años pero no se adujo que la susodicha convivencia se hubiera mantenido por dos años o más, como tampoco que ésta hubiese sido permanente, de suerte que por tratarse de una aseveración de índole probatoria con la que se controvertió un aspecto crucial del análisis efectuado por el juez ad quem, es indefectible que resulta impropia dentro de un cargo por el rumbo del derecho y amerita que el embate sea desechado de tajo.*

[...]

*No cabe duda, entonces, que el Tribunal fundó su determinación en que como al proceso no se adjuntaron las pruebas que corroboraran la tantas veces citada convivencia entre la señora Santa y el señor Fajardo no era factible que la dicha señora María Noira Santa accediese a la prestación pedida por no reunir el requisito previsto en la Ley 797 de 2003 (en su artículo 13), con lo que se demuestra que el juzgador de segunda instancia no sólo tuvo en cuenta la norma que el cargo acusa como soslayada sino que con base en ella fue que optó por absolver a Protección S.A. de todo lo impetrado en su contra, lo que deja presente el dislate en el que se incurrió dentro de la proposición jurídica formulada y, por consiguiente, salta a la vista que este ataque no debe prosperar.*

[...]

4- *En todo caso vale la pena comentar que aun si en gracia de discusión se admitiera que la señora Santa no debía contar con cinco años de convivencia para poder disfrutar la pensión de sobrevivientes, es obvio que ella tampoco demostró al menos dos años, anteriores a la fecha del óbito del afiliado, de vida en común y, de cualquier forma, por tratarse de una temática de orden probatorio no era por la vía del derecho sino por la de los hechos que debía intentarse la arremetida.*

## **X. CONSIDERACIONES**

Dada la vía escogida por la recurrente para la formulación de los cargos que atacan la sentencia del Tribunal y que es objeto de impugnación, es decir, la directa, oportuno es señalar, que quien direcciona el ataque por esta modalidad, supone plena conformidad con las conclusiones fácticas y la apreciación de las probanzas que sostienen los pilares de la decisión impugnada.

El Tribunal para confirmar la sentencia proferida por el juez de primera instancia consideró que la demandante no logró probar la convivencia con el afiliado fallecido por un espacio de tiempo de cinco años continuos anteriores a la muerte de éste, de conformidad con la norma vigente al momento de causarse el derecho -Ley 797 de 2003-.

Para establecer de manera concreta lo atinente al debate que en casación traza la censura en los dos cargos propuestos, se tiene que a su juicio, el *ad quem* interpretó erróneamente el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y los artículos 42, 48, 53, 58 de la Constitución Nacional -primer cargo-, igualmente infringió en forma directa los artículos

46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, en relación con igual elenco normativo -segundo cargo-, en el sentido de que en manera alguna puede entenderse que cuando se trate de un afiliado -calidad que tenía el asegurado fallecido- la ley contemple como exigencia cinco años de convivencia con anterioridad a su muerte, requisito que únicamente le es exigible dijo, a la cónyuge o la compañera permanente cuando el fallecido es un pensionado, pero no cuando se trata de la muerte de un afiliado, como en el presente caso.

Frente a lo argüido por la censura, el asunto a dilucidar se somete a interpretar si el requisito de la convivencia de cinco años continuos previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, es aplicable en el supuesto de la muerte de un afiliado al Sistema General de Pensiones.

En lo tocante a este puntual tema, han sido muchos los recientes pronunciamientos de esta Corporación en los que de manera reiterada ha dicho, que la convivencia de cinco años para acceder a la pensión de sobrevivientes de conformidad con lo establecido en la citada norma, aplica tanto para el pensionado como para el afiliado fenecido.

Justamente, así se expuso en Sentencia CSJ SL15706-2015, en la que se trajo a colación la Sentencia CSJ SL4835-2015, y se evocó la Sentencia CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 32393:

*En torno a este tópico, esta Sala ha señalado de manera reiterada que la convivencia de cinco (5) años para acceder a la pensión de sobrevivientes de acuerdo con el artículo antes mencionado, aplica tanto para el pensionado como para el afiliado fallecido. En efecto,*

en reciente pronunciamiento CSJ SL4835-2015, en la que se rememoró el fallo CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 32393, se explicó:

*El recurrente estructura su ataque en contra de la decisión del Tribunal alrededor de una interpretación del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, con arreglo a la cual el lapso mínimo de 5 años de convivencia que allí se prevé, sólo es predicable como requisito respecto de los beneficiarios del pensionado que fallece, mas no frente a los del afiliado fallecido, como sucede en este caso.*

***El tema descrito ha sido abordado por esta Sala en oportunidades anteriores, en las que ha concluido de manera uniforme que para la causación efectiva de la pensión de sobrevivientes, por la muerte de un afiliado, como sucede en este asunto, el cónyuge, compañero o compañera permanente, debe acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos durante cinco (5) años continuos con anterioridad a dicho suceso.***

***Ha dicho la Sala, para tales efectos, que no existen razones válidas para establecer diferencias entre el afiliado y el pensionado fallecido, como lo reclama la censura, además de que, por el contrario, la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho a la pensión de sobrevivientes, que no sufrió mayores modificaciones con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, salvo la que se refiere al tiempo mínimo de la misma, que debe ser ahora de cinco años, se reitera, tanto para los beneficiarios de un pensionado como para los de un afiliado.***

*En lo que respecta a la exigencia de la convivencia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en relación al texto de la norma anterior, no hizo sino aumentar de dos a cinco años el mínimo requerido y, como quiera que el artículo 12 ibídem conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a “los miembros del grupo familiar” del pensionado o afiliado fallecido, en principio, no existe una razón valedera para cambiar la posición de la Sala, plasmada en la jurisprudencia contenida en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), pues el simple aumento del tiempo mínimo que debía convivir la pareja antes de la muerte del causante, sería irrelevante frente a los supuestos de la norma que tuvo en cuenta la Corte para llegar a la conclusión de que se debía dar un trato igual, tanto a los beneficiarios del PENSIONADO como del AFILIADO (...) (negrillas fuera del texto).*

A lo enseñado en precedencia por la Corte se remite la Sala para dar respuesta efectiva a los cuestionamientos expresados en la demanda contentiva del recurso extraordinario de casación, luego entonces, fuerza concluir

que fue acertada la decisión del Tribunal cuando aseveró que, por no demostrar la señora María Noira Santa González una convivencia de por lo menos 5 años con el causante, señor Luis Arturo Fajardo Arango no tiene ella derecho a la pensión de sobrevivientes que pretende.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

Las costas serán a cargo de la recurrente. Se fijan las agencias en derecho en la suma de tres millones quinientos mil pesos (\$3.500.000.00), que se incluirán en la liquidación que se practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

## **XI. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Décima Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Medellín, el treinta y uno (31) de marzo de dos mil once (2011), en el proceso ordinario adelantado por **MARÍA NOIRA SANTA GONZÁLEZ** y **MARTHA ISABEL ROJAS BETANCOURT** -interviniente *ad excludendum* - contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

**ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA**

**OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA**  
**Impedido**

**GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ**