

JORGE PRADA SÁNCHEZ
Magistrado Ponente

SL940-2018

Radicación n.º 47414

Acta 06

Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **MARÍA DEYSE RENGIFO**, contra la sentencia dictada el 24 de marzo de 2010, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso que la recurrente promovió contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**, y **ALICIA RUBIO DE RIVERA**.

Téngase como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 35 del Decreto 2013 de 2012, en armonía con el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos laborales por expresa remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

I. ANTECEDENTES

María Deyse Rengifo solicitó se condenara al ISS a pagar a su favor la pensión de sobrevivientes, por el deceso de Enio Rivera Ocampo, a partir del 16 de septiembre de 2001, en la suma de \$1.194.612, junto con reajustes y mesadas adicionales.

Expuso que a Rivera Ocampo se le reconoció pensión de vejez por Resolución 001848 de 1999, a partir del 1 de abril de ese año, en \$1.005.671, y falleció el 16 de septiembre de 2001; que el 5 de octubre siguiente la demandante, en calidad de compañera permanente, y Alicia Rubio de Rivera, como cónyuge, solicitaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y que por Resolución 0001 de 9 de enero de 2003, se dispuso dejar en suspenso la definición del asunto, hasta tanto la justicia ordinaria resolviera la controversia; aseguró que le asiste el derecho reclamado, por haber convivido con el pensionado fallecido desde antes de que adquiriera tal estatus, mientras que la cónyuge no cumple los requisitos legales para el efecto.

Al contestar la demanda, el ISS señaló que la condena solicitada estaba supeditada a que previamente se reconociera el derecho, único camino para definir en cabeza de quién estaba, dada la controversia suscitada entre las interesadas. De las costas, manifestó que la circunstancia especial que rodeaba el asunto, impedía imponer carga económica por este concepto. Formuló la excepción de inexistencia de la obligación, e indicó que las dos

reclamaciones elevadas en vía gubernativa, impidieron definir quién tenía el derecho, de suerte que no había alternativa distinta que acudir a la justicia ordinaria para que lo determinara.

Admitió todos los hechos, a excepción de la convivencia de la accionante con el pensionado, del que dijo no constarle (fls. 40 a 42).

Alicia Rubio de Rivera se opuso a las pretensiones y formuló la excepción de falta de legitimación en la causa (fls. 52 y 53). Aceptó los hechos, menos la convivencia de la demandante con el fallecido pensionado y expresó no ser cierto que no tuviera derecho a la prestación.

En su defensa, expuso que convivió con Enio Rivera Ocampo por espacio de 43 años, hasta su muerte y que procrearon 6 hijos; que el solo hecho de haber reconocido una hija extramatrimonial, no le otorga el derecho a la demandante.

Por auto de 25 de agosto de 2005, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, decretó la acumulación del proceso que se tramitaba en el Juzgado 10 Laboral de Cali, promovido por Alicia Rubio de Rivera contra el ISS.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Fue dictada por el Juzgado Tercero Laboral de Descongestión del Circuito de Cali el 29 de mayo de 2009; se condenó al ISS al reconocimiento y pago de la pensión de

sobrevivientes en favor de María Deyse Rengifo, a partir del 16 de septiembre de 2001, con los reajustes anuales y mesadas adicionales de junio y diciembre, y lo absolvió de las pretensiones en su contra por Alicia Rubio de Rivera. Impuso costas a la demandada y a la «litisconsorte».

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al desatar la apelación de Alicia Rubio de Rivera, mediante la sentencia gravada, la de primer grado fue modificada así:

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido que se *DECLARA* que la cónyuge ALICIA RUBIO DE RIVERA, tiene derecho de manera vitalicia a la sustitución pensional en un 88.67% y la compañera MARÍA DEYSE RENGIFO, en un 11.33%, en el 100% de la mesada dejada por el causante ENIO RIVERA OCAMPO, con derecho a acrecer, y a cargo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

TERCERO: CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar dentro de los siete días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de manera vitalicia la sustitución pensional de ENIO RIVERA OCAMPO, a favor de la cónyuge ALICIA RUBIO DE RIVERA, en un 88,67% y a la compañera permanente MARÍA DEYSE RENGIFO, en un 11.33% del 100% de la mesada dejada en suspenso, y a partir del 16 de septiembre de 2001, junto con la mesada de junio y diciembre y el incremento anual que corresponda, junto con los intereses moratorios del artículo 141, Ley 100 de 1993, con derecho a acrecer cuando una de las dos fallezca, de tal manera, que la que sobreviviera reciba el 100% de la mesada pertinente.

El *ad quem* formuló como problema jurídico a resolver, si Alicia Rubio de Rivera tenía derecho a la «sustitución pensional» por la muerte de Enio Rivera Ocampo, «o debe ser compartida con (...) María Deyse Rengifo, según el artículo 47, Ley 100 de 1993, vigente para el deceso de aquel (...).

No halló controversia en cuanto a la condición de pensionado de Rivera Ocampo, por parte del ISS, ni que aquel y Alicia Rubio se casaron el 24 de diciembre de 1968.

Luego de enumerar las pruebas aportadas por cada una de las reclamantes, reprodujo los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 y enfatizó en que dicho artículo 47 trae un primer grupo de beneficiarios de la prestación, conformado por el cónyuge o la compañera o compañero permanente, bajo el entendido de que el cónyuge no debe ser separado, divorciado ni su matrimonio anulado; expresó que las exigencias para cualquiera de estos beneficiarios eran: i) la vida marital con el causante, desde que cumplió los requisitos para la pensión de vejez o invalidez y hasta su muerte y, ii) que la convivencia no sea menor a dos años. Aseguró que cuando se hubieran procreado uno o más hijos con el causante, no se exigían los requisitos ii) y iii).

Al colegiado no le asistió duda de que desde antes de casarse el 24 de diciembre de 1968, Alicia Rubio vivía con el causante, y que procrearon «5 hijos», así como que para el 16 de septiembre de 2001, hacían vida marital, «*dependiendo económicamente de este y nunca se separaron*»; que para esta fecha estaba en Nueva York invitada por una hija a donde viajó desde el 20 de julio de 2001 y que a finales de septiembre u octubre esperaba a su esposo para pasar el fin de año y acudir a una cita médica. También, tuvo por establecido que no asistió al sepelio de su cónyuge, en razón a la tragedia del 11 de septiembre de ese año, que implicó el cierre de los aeropuertos. Enseguida acotó:

(...) lo que es más que justificable para el caso, que no implica separación de hecho ni abandono por parte de ella, ni del esposo, pues, la convivencia que exige la norma es el de estar pendiente el uno del otro, participar en los detalles de familia (...), pero de ninguna manera se debe entender que por pasar unas vacaciones con la hija y nietos, esto sea prueba de la separación.

Destacó que María Deyse Rengifo no probó que hubiera convivido con el pensionado más de 30 años como lo afirmó en la investigación administrativa y que además, aceptó que sabía que Rivera Ocampo tenía esposa y hogar, y que fue por iniciativa de aquella que incluyó a su esposa como beneficiaria en salud, *«lo que es indicio de que el señor tenía muy buenas relaciones con la cónyuge, convivía con ella, veía por ella (...); que aunque María Deyse Rengifo no demostró todo el tiempo de convivencia alegado, «sus testigos indiciariamente llevan a concluir» que sí estuvo pendiente los últimos años de Enio Rivera, quien aprovechaba las ausencias de su esposa para compartir con quien dijo fue su compañera. Enseguida apuntó:*

Si un pensionado o afiliado al momento de su muerte tuviere cónyuge, con sociedad conyugal vigente y no disuelta, por tanto, la cónyuge con derecho a percibir la pensión, y al fallecer el pensionado/afiliado estuviere haciendo vida marital permanente con una compañera, como futuramente al caso lo consagran los literales a) y b, del artículo 13, Ley 797 de 2003, pues, se aclara esta norma no existía para el 16 -septiembre- 2001, fecha del deceso, su fundamentación teórica tanto en las ponencias, como en la norma y sentencia de exequibilidad condicionada de la Corte Constitucional, y ante la protección que la constitución de 1991 brinda a la familia de hecho o mal llamada natural (art. 42 CP) permite en aras (...) de no desamparar la compañera afirmar que procede la pensión vitalicia, en la concepción que posteriormente lo acepta la Corte Constitucional, la pensión se distribuirá entre cónyuge y compañera en proporción al tiempo de convivencia, siempre que llevare más de dos años a la fecha del fallecimiento.

Advirtió que «*toda la prueba recaudada*» conducía a establecer que el occiso era casado con Alicia Rubio de Rivera, con quien tuvo 5 hijos, «*vínculo matrimonial vigente para el 16 -septiembre-2001*», sin que hubiera «*divorcio*», separación de bienes o de cuerpos; que el pensionado rindió declaración extra juicio en la que certificó convivencia con su esposa, por lo cual, tuvo por demostrado que la pareja convivió ininterrumpidamente desde 1968.

De la prueba testimonial, dedujo que María Deyse Rengifo, con quien procreó a Paola Andrea Rivera Rengifo, tenía conformada con el causante una «*familia natural o de hecho*», y así elucidó que Enio Rivera Ocampo mantenía simultáneamente dos hogares «*para la fecha de su deceso, aprovechando los paseos concertados con él de la esposa*» y que, en consecuencia, cónyuge y compañera tenían méritos para recibir la prestación económica que aquel recibía. A continuación, comentó la sentencia C-1035 de 2008, para luego concluir:

Establecida la convivencia simultánea de las dos familias conformadas por el causante, de manera continua e ininterrumpida con la esposa ALICIA RUBIO DE RIVERA desde 1968, en que se casaron (...), hasta el 16 de septiembre de 2001, se tiene un total de 11.782 días, respecto de quien no existe prueba de divorcio o separación de cuerpos o de bienes, y que es cónyuge inocente, pues el occiso siempre, hasta sus últimos días, mantuvo furtivamente esa relación y la hija de ésta formalizando a la vista del entorno familiar con MARÍA DEYSE RENGIFO, para 1998, sin fecha de inicio, que por ficción se toma el inicio del año, hasta la fecha del deceso, tiempos estos últimos que denotan vocación de permanencia y cultivo de la unión natural, (...) que en tiempos reales son 1.335 días, de vida compartida con el causante y en simultaneidad con la convivencia de éste con la esposa.

El tiempo de matrimonio son 11.782 DD. Tiempo de convivencia concubিনaria, pero aquí cuenta el tiempo desde 1998 hasta 16-09-2001, para un total de 1.335 días. La esposa y la compañera comparten mesada [100%] que recibía el occiso, en proporción al tiempo de convivencia, lo que averiguamos con una regla de tres simple, así:

$$\begin{aligned} 11.782 \text{ DD} &= 100\% \\ 1.335 &= X \end{aligned}$$

$$X = \frac{1.335 \times 100\%}{11.782 \text{ DD}}$$

X = 11.33 % que se aplica el valor de la mesada que a 16 de septiembre de 2001 estaba recibiendo el causante, junto con sus incrementos anuales, y mesadas adicionales de junio y diciembre, para obtener el valor de la mesada de la compañera, proporcional al tiempo de convivencia con el pensionado fallecido.

El valor de la mesada de la esposa será la diferencia 100% - 11.33 = 88,67%.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por María Deyse Rengifo, fue concedido por el Tribunal y, luego de ser admitido, la Corte procede a resolverlo.

Por auto de 2 de agosto de 2011, la Sala de Casación Laboral declaró desierto el recurso formulado por Alicia Rubio de Rivera.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente persigue la casación parcial de la sentencia de segunda instancia, «y en su lugar», que se confirme la del *a quo*, en cuanto reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de la compañera permanente del pensionado.

Por la causal primera de casación, formula 6 cargos, replicados oportunamente por el ISS. El primero, segundo y quinto se integrarán, por encauzarse por la misma vía y existir identidad en las normas acusadas y en su fundamentación.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa el fallo del Tribunal de violar directamente la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, en relación con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 42, 48 y 53 de la Constitución Política.

Sostiene que la expresión disyuntiva entre esposa y compañera corresponde a la Ley 797 de 2003, cuya aparición fue posterior al fallecimiento de Enio Rivera Ocampo, ocurrido el 16 de septiembre de 2001 y que la Sala de Casación Laboral ha adoctrinado que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la ley vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado, tal cual lo dilucidó en la sentencia CSJ SL, 2 feb. 2003, rad 34323.

Estima que el Tribunal interpretó la normativa acusada de forma equivocada, en contravía del principio de retrospectividad de la ley en materia laboral y de seguridad social, toda vez que para la fecha del fallecimiento del pensionado no se encontraba vigente la Ley 797 de 2003 que permite distribuir la pensión entre la esposa y la compañera.

Expresa que el *ad quem* debió entender que la interpretación de la norma en materia laboral y de seguridad social tiene una connotación de carácter público e irrenunciable que debe ser concebida por los administradores de justicia «*en el tiempo y en el espacio de haber sido promulgada y desde cuando empieza a surtir efectos (...)*», pues de lo contrario, no solo se incurre en la violación de la norma acusada, sino en la transgresión del derecho de defensa y el debido proceso, de suerte que conceder la prestación de sobrevivientes a la esposa del pensionado fallecido «*por ser apelante y por principio de igualdad constitucional, así no estuviese conviviendo con el pensionado al momento de la muerte*», en vigencia del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, resulta un despropósito.

VII. CARGO SEGUNDO

Denuncia violación directa, por aplicación indebida, del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, lo que llevó a la infracción directa del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en relación con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo y de los artículos 29, 48 y 53 de la Constitución Política.

Aduce que ante la certeza de la fecha en que murió el pensionado, 16 de septiembre de 2001, la norma aplicable para solucionar el caso era la Ley 100 de 1993, en su versión original; que «*entender*» factible la aplicación hipotética de normas posteriores significa, de alguna manera, violación al debido proceso, al derecho irrenunciable a la seguridad social y a la garantía de los derechos sociales; que al juzgador le

correspondía observar la norma vigente a la muerte del pensionado y reconocer la prestación de sobrevivencia a la compañera *«por haber demostrado depender económicamente del pensionado y convivir con éste en los últimos dos años bajo el mismo techo y hasta la muerte»*.

VIII. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia por la vía directa, *«en la violación de medio que produjo en la producción, aducción y validez de los elementos de juicio probatorios legales admisibles»*, artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo, lo cual incidió en la violación de los artículos 16 del Código Sustantivo Laboral, 13 de la Ley 797 de 2003, 177 y 258 del Código de Procedimiento Civil y 29, 48 y 53 de la Constitución Política.

Asegura que el juez de segundo grado infringió las disposiciones señaladas, en tanto le otorgó validez al carné de salud de Alicia Rubio (fl.243), en el que figura como beneficiaria de Enio Rivera, a pesar de que tal documento no demuestra convivencia.

En el acápite titulado *«DOCUMENTOS ERRÓNEAMENTE APRECIADOS (folios 243,212, 241)»*, insiste en que el carné de salud no demuestra la convivencia del pensionado con su esposa en los dos años anteriores a la muerte, como tampoco lo hace la declaración rendida por Rivera Ocampo, de que vivió con su esposa hasta la muerte. Resalta que pese a que la cónyuge ha sostenido que vivió bajo el mismo techo con su

esposo hasta su deceso, ello no corresponde a la realidad, pues para ese momento aquella residía en Estados Unidos. Anota que la Sala de Casación Laboral ha insistido en que las declaraciones realizadas ante el ISS, no son rendidas ante funcionarios públicos, por tanto, gozan de legalidad, pero no de valor probatorio y copia apartes de las sentencias CSJ SL, 11 may. 2006, rad 27105 y CSJ SL, 10 jun. 2008.

Asegura que en el juicio se demostró que para la fecha de la muerte de su esposo, Alicia Rubio se encontraba en Estados Unidos, y aunque la jurisprudencia laboral ha admitido la interrupción justificada de la convivencia, en el caso bajo examen no luce demostrada justificación alguna, sino todo lo contrario, dado que se acreditaron los traslados continuos de la esposa cada 6 meses por razones diferentes a las económicas, de salud o familiares.

En sentir de la recurrente, el error del *ad quem* fue mayúsculo al deducir que por los viajes de su esposa, supuestamente concertados con el pensionado, este aprovechó su ausencia para convivir de forma simultánea con María Deysi Rengifo, pues no obra prueba documental o testimonial que corrobore dicha tesis.

Bajo el título «VALORACIÓN ERRÓNEA DE LA PRUEBA» se duele de la estimación del testimonio del hijo de la pareja Rivera Rubio porque fue tachado; no obstante, el declarante admitió que su progenitora viajó 3 veces; en 1999, 2000 y 2001 y que su padre se desplazó una sola vez, «*dando a*

entender sin lugar a duda» que no existió convivencia entre sus progenitores, por lo menos en los últimos 3 años, pues el testigo Héctor Morales aseguró que Alicia se quedaba 6 meses en los Estados Unidos, en lo que coinciden todos los deponentes.

IX. CARGO CUARTO

Acusa al Tribunal de violar indirectamente la ley sustancial por error de derecho, conforme al artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, en relación con los artículos 60 y 61 de la disposición adjetiva laboral, artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y artículos 29, 42, 48 y 53 de la Constitución Política.

Asevera que tal infracción aconteció porque el juez de la apelación le dio la connotación de prueba solemne a las *«declaraciones»* efectuadas ante el ISS por Enio Rivera (fl. 212) y Alicia Rubio de Rivera (fls. 223 a 225); que de haber ponderado acertadamente los testimonios, el Tribunal habría tenido por establecido que la esposa del causante no convivió con él en sus últimos 2 años de vida, por estar viajando cada 6 meses, como sí lo hizo con María Deyse Rengifo, quien lo cuidó en su enfermedad y hasta su muerte, razón por la que es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, vigente para la fecha en que murió el pensionado.

X. CARGO QUINTO

Acusa al Tribunal de violar directamente la ley sustancial por infracción directa del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 29, 48 y 53 de la Constitución Política.

Explica que el colegiado se rebeló contra la norma acusada, que establece como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a la compañera o a la esposa que hiciera vida en común con el pensionado para cuando muere, *«pero al no dar validez en el tiempo y en el espacio a las normas de seguridad social, es un desacierto jurídico hacer casos hipotéticos que no correspondían al caso en estudio, teniendo en cuenta que la norma no estaba vigente para la fecha de la muerte del pensionado»*.

Agrega que a pesar de que el *ad quem* entendió la norma, se rebeló contra la misma *«por no reconocerle validez en el tiempo o en el espacio, no obstante dar por establecidos los supuestos de hecho de los preceptos legales»*, y le otorgó pensión de sobrevivientes a la esposa por el tiempo de convivencia que no existió, sino en términos teóricos futuros, siendo que para la fecha de la muerte del pensionado no estaba vigente la Ley 797 de 2003.

XI. CARGO SEXTO

Sostiene que el *ad quem* violó indirectamente la ley sustancial, en la modalidad de aplicación indebida, del

artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Los errores de hecho de los que acusa al sentenciador de la alzada son:

- 1) *Dar por demostrado sin estarlo que Alicia Rubio de Rivera convivió con el pensionado ENIO RIVERA OCAMPO por más de 42 años y hasta su muerte.*
- 2) *Dar por demostrado sin estarlo que la esposa y la compañera convivieron simultáneamente con el pensionado.*
- 3) *Dar por demostrado sin estarlo que a pesar de viajar a los Estados Unidos la señora Alicia Rubio de Rivera en los últimos tres años anteriores a la muerte de su esposo, a donde se quedaba por espacio de seis meses; dichos viajes eran concertados con el señor Enio Rivera Ocampo.*
- 4) *Dar por demostrado, sin estarlo que los esposos ALICIA RUBIO DE RIVERA y ENIO RIVERA OCAMPO, nunca se separaron y mantuvieron la convivencia hasta la muerte del pensionado*
- 5) *Dar por demostrado sin estarlo que la señora ALICIA RUBIO DE RIVERA tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.*
- 6) *No dar por demostrado, estándolo que la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, es la compañera MARÍA DEYSE RENGIFO.*

Como pruebas documentales erróneamente estimadas, señaló los folios 212, 222, 223 a 225, 238, 241 y 243, concernientes al carné de salud de Alicia Rubio de Rivera en el que figura como beneficiaria del jubilado, la partida de matrimonio no registrada en Notaría, la declaración extra juicio rendida por la cónyuge, entregada al ISS y la declaración extra juicio de Enio Rivera Ocampo, en la que dijo convivir con su esposa para 1998.

Manifiesta que tales documentos, erróneamente apreciados por el *ad quem* no acreditan la convivencia entre

Enio Rivera Ocampo y Alicia Rubio de Rivera, como tampoco las declaraciones de María Estella Rivera, Cielo Posada, Aura María Ocampo, Pedro Nel Ocampo, Héctor Morales, Nubia Mayor de Pérez, Fredes Alicia Usma y Leonardo Felipe Rivera; que este último, hijo de la pareja, dio a entender que no existió convivencia entre su padre y su progenitora en los últimos «tres años»; que Fredes Alicia Usma precisó que para septiembre de 2001, Alicia estaba en Estados Unidos esperando que su esposo llegara. En general, los testigos fueron contestes en ilustrar acerca de los desplazamientos que hacía la esposa a Estados Unidos.

Insiste en que el *ad quem* aplicó una norma que no orientaba la controversia.

XII. RÉPLICA

Colpensiones dice tener clara la ilegalidad de la sentencia y se duele de que el ISS no hubiera recurrido en casación, pues a pesar de que Alicia Rubio de Rivera fue la única apelante, dispensó condena por intereses moratorios, con violación del principio de consonancia.

Expresa estar de acuerdo con que se case la sentencia, por ser una cuestión jurídica incontrovertible que lo regulado por la Ley 797 de 2003, promulgada en el Diario Oficial 45079 de 29 de enero de 2003, no puede ser aplicado a una situación definida o consumada el 16 de septiembre de 2001, fecha en que murió Enio Rivera Ocampo.

XIII. CONSIDERACIONES

Como se anticipó, la resolución de los cargos 1, 2 y 5 se hará de forma conjunta, en tanto para quebrar la decisión de segundo grado, la censura hace uso de la misma argumentación que, básicamente, se refiere a que para resolver la problemática sometida a su conocimiento, el *ad quem* seleccionó el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, cuando es un hecho incontrovertible que el pensionado falleció el 16 de septiembre de 2001 y, por ende, la normativa aplicable es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original.

El estudio de la providencia gravada muestra que en un primer momento, el Tribunal tuvo claro que la disposición a la luz de la cual debía desatarse la controversia, era la Ley 100 de 1993, sin modificaciones, pues así se desprende de la inclusión del artículo 47 en el apartado que tituló «*MARCO JURÍDICO ANALISIS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA*», no obstante, a continuación, se ocupó de la «*PENSIÓN COMPARTIDA POR LA CÓNYUGE Y LA COMPAÑERA*».

Bajo tal hipótesis, que halló factible en el caso estudiado, y luego de ponderar el caudal probatorio, el cual le dio certeza de convivencia simultánea del pensionado con la esposa y la compañera permanente, totalizó 11.782 días de cohabitación con Alicia Rubio de Rivera y 1.335 días de vida compartida con María Deyse Rengifo, para un total de 1.335 días, resultado que al aplicarle «*una regla de tres simple*» le arrojó un 88.67% de la prestación para la cónyuge y el 11.33% restante para la compañera.

Profusamente la Sala de Casación Laboral ha adoctrinado que para definir el derecho a la pensión de sobrevivientes, la ley aplicable es la vigente a la fecha del fallecimiento del pensionado. Así lo ha asentado, entre muchas otras, en las sentencias CSJ SL, 8 mar. 2006, rad. 25649, CSJ SL, 2 jul. 2008, rad. 31890, SL358-2014, rad. 46780, CSL SL7134-2015 y SL4650-2017, rad. 45262.

Como el *ad quem*, inexplicablemente, no convocó a producir efectos a la norma legal que estaba llamada a servir como instrumento jurídico para dilucidar la discusión suscitada, que no es otra que la Ley 100 de 1993, en su texto original, en la medida en que la ocurrencia del deceso del pensionado fue el 16 de septiembre de 2001 y, en cambio, se apoyó en una disposición inexistente para esa calenda, cometió el dislate jurídico garrafal que le imputa la censura, lo cual torna fundadas y prósperas las acusaciones, por lo cual se hace innecesario el estudio de los restantes cargos e impone la no causación de costas en esta sede.

XIV. SENTENCIA DE INSTANCIA

En su apelación, Alicia Rubio de Rivera sostiene que la supuesta convivencia de quien dice haber sido la compañera permanente del causante, María Deyse Rengifo, por más de 15 años, de la que dieron cuenta los testigos, entre ellos los familiares del jubilado, quedó desvirtuada con la declaración extra juicio de 5 de enero de 1998, rendida por el propio Enio Rivera Ocampo, la cual fue desestimada por el *a quo*, por ser de 1998, 3 años antes del deceso. Asegura que el pensionado

no habría dado fe de la coexistencia, si ello no correspondiera a la realidad; que, además, *«el ánimo del causante era demostrar que a su señora legítima esposa le correspondía el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en caso de que falleciera»*.

Asegura que no se valoró el documento denominado “Trabajo Social convivencia y Dependencia Económica” de 21 de noviembre de 2002, entrevista 0838 realizada a María Deyse Rengifo, en la que admitió que el causante nunca la vinculó a nada y que era beneficiaria de su hija en salud, lo que a juicio de la inconforme, pone en evidencia que la demandante no convivió con Rivera Ocampo.

Manifiesta que no hay duda, pues así lo revelaron los testigos, de que la ausencia de Alicia Rubio para el instante de la muerte de su esposo se debió a que se encontraba en Estados Unidos, lugar en el que vivía su hija y nietos y en donde aspiraba a encontrarse con su esposo en octubre de 2001, y que no pudo viajar a sus exequias, por causa de los atentados del 11 de septiembre en ese país.

Aduce que sus viajes a Estados Unidos desde 1999, no traducen una separación de su esposo y que el juzgado no valoró *«en todo su contexto»* el testimonio de Nubia Mayor de Pérez, del que puede concluirse que el pensionado residía en Cali, donde convivía con su esposa e hijos, y que a Tuluá debía viajar por motivos de trabajo y no como lo quisieron mostrar los familiares del fallecido, excepto su hijo, quienes lo único que mostraron fue su animadversión con Alicia Rubio.

Para resolver si la razón está o no del lado de la recurrente, es necesario examinar los medios probatorios recaudados en el trámite:

Prueba Testimonial:

Como testigos de María Deyse Rengifo comparecieron:

María Estelia Rivera Ocampo (fls. 109 a 111), quien dijo ser cuñada de la demandante y conocerla desde 1980, relató que para ese año la hija de la pareja tenía 3 años, desconocía la fecha exacta en que iniciaron la vida en común y que su hermano vivía con Alicia y con María Deyse pero era esta quien *«venía por él»*; que sabía que Alicia Rubio viajaba a Estados Unidos desde 1999, donde creía, trabajaba con su hija; que Enio Rivera vivía en Tuluá con su hijo Leonardo y con su compañera, quien se encargaba de preparar los alimentos, reclamar los medicamentos e, incluso, cuando estuvo internado *«en el seguro»*, era ella quien trasnochaba con él.

Cielo Posada de Botero (fl. 111), señaló que conoció a la pareja Rivera Rengifo en 1996 o 1997, *«en una de las bajas de azúcar que tenía su esposo»*, pues tenía un letrero en su ventana en el que anunciaba que se aplicaban inyecciones. Ante el interrogante de si le constaba que al momento del deceso, Enio Rivera estaba con María Deyse, respondió que sí pues cuando el señor *«cayó enfermo»*, después de que estuvo hospitalizado, ella se acercó a su casa y le comentó la situación de salud de su compañero; que le sugirió que lo llevara a casa de su hija y así lo hizo, y que al regresar a

Tuluá, el día del infortunio, la propia hija de la pareja fue a su casa a informarle la muerte de su padre. Aseguró que fue María Deyse la que siempre cuidó a Enio Rivera en sus enfermedades y que fue esta, con su hija Paola, quienes realizaron los trámites del sepelio.

Aura María Ocampo de Rivera, madre del pensionado (fls.117 a 119), fue categórica en señalar que María Deyse convivió con aquel hasta su deceso; que era ella quien lo atendía, le daba las medicinas y lo acompañó en su hospitalización.

Pedro Nel Ocampo, tío del fallecido (fl. 122) no proporcionó detalles de la convivencia. Aseveró, *«él mercaba para la una y para la otra, él era casado con otra pero se juntó con ella y ella era la que lo lidiaba hasta que murió»*. Indicó que Alicia Rubio no estaba en el velorio de su esposo y precisó: *«No. La que estaba era la mujer, María Deyse, la hija y los hijos de la otra mujer»*.

A instancia de Alicia Rubio de Rivera acudieron:

Héctor Morales Rotavista (fl. 139 a 142), quien expresó ser vecino de la pareja conformada por Alicia y Enio. Sostuvo que el pensionado siempre estuvo en su hogar y que las únicas ausencias eran laborales. Manifestó que Alicia Rubio viajaba a Estados Unidos desde 1995 o 1996 y permanecía 6 meses. Dijo conocer que Enio Rivera se desplazaba entre Cali y Tuluá; que en ocasiones iba a Cali hasta 2 veces por semana y nunca faltaba los fines de semana, pues los domingos madrugaba a la Galería a comprar carne y

verduras. Espontáneamente, agregó a su declaración que no era posible que no se le concediera a la esposa la pensión, *«después de que conocí un documento firmado y autenticado notarialmente por don Henio (sic) en el cual todos sus derechos pensionales y a los cuales tuviera el beneficio se los asignaba a su esposa»*.

Nubia Mayor de Pérez (fls. 148 a 151) vecina de Alicia Rubio, relató que Enio Rivera viajaba cada 8 días de Tuluá a Cali a visitar a su esposa; que traía mercado y fue muy poco tiempo el que permaneció allí; que estuvo enfermo en *«el Seguro Social»*, se mejoró y luego se fue para Tuluá *«eso fue como en el año 1991, la verdad no recuerdo la fecha»*. Dijo desconocer la fecha exacta del deceso del pensionado y tampoco fue a sus exequias. Describió en detalle los viajes de Alicia a Estados Unidos, pues, aseguró, vio su pasaporte.

Leonardo Felipe Rivera Rubio (fl.152) hijo de Enio Rivera y Alicia Rubio, tachado por el apoderado de María Deyse Rengifo; sin embargo, el juzgado no resolvió la tacha, pues sobre ella solo apuntó: *«el testigo fue tachado en razón a su parentesco con la litisconsorte por lo cual, sus aseveraciones no serán tenidas en cuenta»*; por ello, no estudió la razón que se le expuso, luego, se trata de una prueba que engrosó el haz probatorio, susceptible de ser valorada. De su dicho, se destaca que él vivió con su padre en un aparta estudio en la ciudad de Tuluá, desde el 31 de enero de 2000.

Fredes Alicia Usma, vecina de Alicia Rubio (fl. 160) no dio detalles de la convivencia y ante la pregunta puntual que

le hiciera el Despacho acerca de la dirección en que vivía Alicia, no la respondió y en cambio expuso: «*en ese momento cuando falleció estaba en Estados Unidos, ella iba de visita donde la hija (...) ella no pudo viajar a Colombia por lo de las torres (...)*».

Prueba Documental:

De los documentos que reposan en el expediente, que importan para la temática debatida, se destacan los siguientes:

1. Copia de declaración extraprocésal de 5 de enero de 1998 rendida por Enio Rivera Ocampo, en la que da fe de que es casado con Alicia Rubio de Rivera, viven juntos bajo el mismo techo y que la cónyuge depende económicamente de él (fl. 222).

2. Copia de declaración extraprocésal de 3 de octubre de 2001, en la que Alicia Rubio de Rivera certificó ser casada con Enio Rivera Ocampo, quien respondía económicamente por ella, y con quien vivía bajo el mismo techo hasta el momento de su fallecimiento (fl. 241).

3. Copia del carné de salud de Enio Rivera Ocampo (fl. 243), en el que se observa como beneficiaria a Alicia Rubio de Rivera.

4. Acta de entrevista 0348 de 29 de agosto de 2002, efectuada por la Gerencia de Pensiones, Trabajo Social del ISS a Alicia Rubio de Rivera (fls. 223 a 225).

5. Acta de entrevista 0838 de 21 de noviembre de 2002, realizada por la Gerencia de Pensiones, Trabajo Social del ISS (fls. 290 a 292).

Los anteriores documentos hacen parte del expediente administrativo de solicitud de pensión aportado por dicha entidad.

El análisis de la prueba relacionada, le permite a esta Sala de la Corte inferir que el causante convivió de manera continua e ininterrumpida en los 2 años anteriores a su muerte con María Deyse Rengifo, quien le dio compañía, le profesó ayuda, solidaridad, y lo asistió en sus penosas enfermedades. De ello dan cuenta los padres del fallecido y su propia hermana; esta última aseveró que conoció a su cuñada desde que su hija Paola Rivera Rengifo, de 27 años, tenía 3 años. Los deponentes hicieron hincapié en que fue ella quien lo cuidó en sus hospitalizaciones y le reclamaba las medicinas, a las versiones anteriores se aúna la de Cielo Posada, quien sostuvo que conoció a la pareja en 1996 o 1997, por una de las bajas de azúcar de Enio Rivera, a donde acudió su compañera, pues la declarante aplicaba inyecciones; que más tarde se hicieron amigas y supo directamente por Paola Rivera del fallecimiento de su padre.

Fue el propio Leonardo Felipe Rivera quien expuso que su progenitor se trasladó por cuestiones de trabajo a Tuluá, desde el 31 de enero de 2000, es decir, 1 año y 8 meses antes de su deceso, lo que revela que no estuvo físicamente en Cali con Alicia Rubio su esposa, y aunque sus vecinos aseguraron

que los consortes siempre estuvieron juntos, lo cierto es que las versiones de Héctor Morales y Nubia Mayor, no fueron soportadas más que con la mención de que Enio Rivera llevaba los fines de semana el mercado a su casa.

A lo anterior, debe agregarse que, sin excepción, todos los testigos hicieron mención de los viajes que realizaba desde 1999 Alicia Rubio a Estados Unidos; incluso, Héctor Morales, quien expresó ser muy amigo del causante, dijo que permanecía 6 meses en cada salida al extranjero; Frades Alicia Usma aclaró que duraba 3 o 4 meses, mientras que Nubia Mayor, detalló cada uno de los viajes y sus fechas, lo que le consta porque vio el pasaporte de su amiga. De esta declarante, llama la atención que a pesar de proclamarse como cercana a la familia Rivera Rubio, cayó en confusión al señalar la fecha en que Enio Rivera se trasladó a Tuluá; empero, mayor extrañeza genera que ni siquiera hubiera asistido a las exequias del pensionado, de lo cual no entregó explicación.

No pasa por alto la Sala, la ausencia de Alicia Rubio de Rivera en el funeral de su cónyuge, y aunque tanto ella como algunos testigos dijeran que se encontraba en Nueva York visitando a su hija en donde la sorprendió la fatídica tragedia del 11 de septiembre, lo cual generó que se cancelaran todos los vuelos, no hay un solo elemento persuasivo que permita ratificar que por lo menos intentó viajar.

A esta altura del análisis, cumple aclarar que no es la separación física de Enio Rivera y Alicia Rubio, o los viajes

de la cónyuge, lo único que conduce a afirmar que entre ellos no existió convivencia en los dos años anteriores a la muerte, pues bien es sabido que la Sala de Casación Laboral ha admitido ese apartamiento corporal por circunstancias especiales de salud o trabajo, siempre y cuando luzca irrefutable que la pareja continuó prestándose apoyo mutuo, económico y espiritual, de forma que se advierta que su unión permanece indemne; no obstante, no es ese el panorama que se avizora en el caso analizado, pues pese a que Héctor Morales, Nubia Mayor e, incluso, Leonardo Felipe Rivera manifestaron que en el último año y medio, el pensionado retornaba de Tuluá a Cali los fines de semana a llevar mercado a la casa de su esposa, dicho gesto se exhibe más como una muestra de generosidad de parte de Rivera Ocampo, que no como un acto recíproco de ayuda y atención con su esposa.

Se afirma lo anterior, porque quedó establecido con el acopio probatorio, que el pensionado padecía de diabetes e hipertensión, lo cual generó en los últimos años hospitalizaciones y permanente medicación. Al observar las respuestas entregadas por Alicia Rubio en la entrevista de 29 de agosto de 2002 (fl. 223,) realizada por la Gerencia de Pensiones, se colige que no existía cercanía con el pensionado, pues ni siquiera conoció el lugar donde él residía en Tuluá, a pesar de todo el tiempo que vivió allí, menos estuvo atenta o era conocedora de su verdadero estado de salud, pues al indagársele si estuvo hospitalizado, respondió que sí, *«la hija Jackeline es la que sabe porque ella es la que*

hacía todas las vueltas (...). Se suma a lo dicho, que no entregó detalles de la convivencia con el esposo.

Por el contrario, en entrevista de 21 de noviembre de 2002 (fls. 290 a 292), la señora Rengifo dio a conocer el salario que devengaba su compañero y la forma como se lo cancelaban, y en cuanto a la salud de Enio Rivera, explicó que estuvo hospitalizado 9 días «*en la Uribe*»; en cuanto a la duda del entrevistador, de si el causante tenía una alimentación especial, apuntó que no podía consumir más de 800 centímetros cúbicos de líquido al día, e informó sobre otras restricciones, así como que tenía control cada dos meses, que le suministraba 35 unidades de insulina al día y detalló cada uno de los medicamentos que debía tomar, dosis y horarios.

Si bien reposan en el expediente, el carné de salud del jubilado en el que figura como beneficiaria su esposa y la declaración extraproceso rendida en 1998 por el pensionado sobre dependencia y convivencia con Alicia Rubio, el primero no es apto para demostrar convivencia, mientras que la segunda, teniendo en cuenta su fecha de elaboración, no acredita que la pareja convivió los 2 años inmediatamente anteriores a la desaparición de Enio Rivera Ocampo.

De lo que viene de decirse, se confirmará la sentencia de primer grado.

Costas en ambas instancias, a cargo de Alicia Rubio de Rivera. Dada la conducta procesal asumida por el ISS hoy Colpensiones, no se le impondrán costas. CSJ AL6609-2015.

XV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el 24 de marzo de 2010, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso que la recurrente promovió contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES** y **ALICIA RUBIO DE RIVERA**. En sede de instancia, se confirma la sentencia de primer grado.

Costas, como se dijo en la parte motiva.

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

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ