República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

**JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ**

**Magistrado ponente**

**SL16949-2016**

**Radicación n.° 46478**

**Acta 44**

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el **BANCO CAFETERO EN LIQUIDACIÓN**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 18 de septiembre de 2009, en el proceso que instauró en su contra **LAURA VICTORIA MENDOZA MERCHÁN.**

Se acepta el impedimento manifestado por la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

## I. ANTECEDENTES

La accionante llamó a juicio a la empresa antes citada, con el fin de que se declare que convivió con el causante, no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte, conforme a las pruebas allegadas al proceso y las que se llegaren a practicar, señaladas en el acápite correspondiente; por tal razón reclamó el derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente del señor ERNESTO GONZÁLEZ, en su condición de cónyuge supérstite del causante; consecuencialmente, pidió se le paguen las mesadas pensionales comprendidas entre el 6 de enero de 2005, fecha la muerte del causante, y la fecha en que se produzca el pago de la mesada pensional; junto con los reajustes de ley, el valor de las mesadas adicionales de junio y diciembre, e intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y, en su defecto, la indexación de los valores debidos hasta el momento del pago.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que contrajo matrimonio con el causante el 5 de agosto de 1972, vínculo que, según su dicho, estuvo vigente hasta el fallecimiento del contrayente, esto es el 6 de enero de 2005, como consta en la escritura pública No. 0686 del 7 de marzo de 2005, a través de la cual, además la sucesión, se hizo la liquidación de la sociedad conyugal; de dicho matrimonio, anotó, el 26 de julio de 1974, nació una hija;

que el fallecido fue pensionado por el banco enjuiciado con efectividad a partir del 27 de diciembre de 1980; como prueba de la convivencia con el causante hasta el momento del deceso, dijo allegar los documentos donde aquel, de su puño y letra, la declaró como su esposa y prometió que así lo corroboraría con los testigos a citar en el proceso. Que el banco le reconoció el auxilio funerario, pero le negó la pensión de sobreviviente porque, según esa entidad, ella no convivió con el titular de la pensión convencional durante los últimos cinco años.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, manifestó que, si bien la accionante se había casado con el pensionado en 1972, también era cierto que ellos se separaron en 1989, como constaba con la afirmación de la misma promotora del proceso y algunos testigos, quienes al unísono, al momento de practicarse la visita domiciliaria, declararon que, durante los últimos 10 años, el pensionado vivió con una hija y una tía, hasta que su tía falleció y su hija viajó fuera del país, y que estuvo acompañado en sus últimos días por una enfermera; de igual manera, con los documentos de actualización de datos suscrito por el pensionado, el 1º de junio de 1988, donde este aseveró que era *"separado"*; y, afirmó, fue por la falta de convivencia que le negó la pensión de sobrevivientes a la solicitante, como lo dispone el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Precisó que la escritura pública aludida en la demanda es aquella donde se formaliza la cesión de derechos de

herencia y gananciales que hicieron madre e hija a la señora Sierra, una vez falleció el pensionado, sin que la misma sirva para determinar derechos pensionales y, menos aún, la convivencia que define los derechos aquí reclamados; aceptó que le pagó el auxilio funerario, pero aclaró que este se reconoce a quien sufraga los gastos del sepelio, independientemente del parentesco o vínculo que pudiese existir.

En su defensa, propuso las excepciones de falta de requisitos exigidos en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para tener a la actora como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, quien, dijo, también es pensionada por el banco, y tenía registrada una dirección diferente a la del causante, inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, falta de causa y cobro de lo no debido; buena fe, prescripción y la genérica.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 27 de marzo de 2009 (fls. 273 y ss), absolvió a la entidad financiera convocada a juicio de las pretensiones de la demanda, al no encontrar acreditado el requisito de la convivencia marital real y permanente durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del pensionado.

## III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 18 de septiembre de 2009, fls. 14 y ss., por decisión mayoritaria, revocó la sentencia de primera instancia, y condenó a la entidad enjuiciada a reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante, a partir del 6 de enero de 2005, junto con las mesadas adicionales y los reajustes anuales, más los intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el tribunal estimó probada la convivencia de cinco años con anterioridad al momento del fallecimiento, en aplicación del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, resultado del siguiente análisis probatorio.

Luego de examinar las documentales y testimoniales obrantes en el proceso, dedujo que la accionante sí convivía con el causante al momento de la muerte por lo menos durante los últimos 5 años, como se desprendía de la documental aportada a folios 2 y 16, y de los testimonios recibidos en el proceso, los cuales calificó de coherentes y coincidentes en ello, en especial el de la señora Lara Parra, quien fue la enfermera del causante, y conoció los hechos debatidos en este litigio de forma directa, quien había indicado en su versión que, si bien la accionante viajaba por su trabajo, le consta que vivía en el apartamento del causante desde el 2000, lapso durante el cual lo cuidó, que veía sus cosas [las de la actora] en dicho lugar y no veía a

más personas, y que el causante siempre le manifestó su convivencia con la accionante.

Para el *ad quem*, lo anterior estaba corroborado con la prueba documental aportada al proceso, por ejemplo, con la póliza del seguro funerario contratado por la accionante a través de *«Corbanca»*, fl. 16, a partir del 11 de febrero de 1990 hasta el 6 de enero de 2005, cuyo beneficiario era el causante, entre muchas otras cosas; de las precitadas pruebas, coligió una intención permanente de la actora y el causante de ayudarse y socorrerse mutuamente, conducta, consideró, propia de cónyuges que comparten una vida marital y convivencia mutua, y de existencia de lazos afectivos y ánimo de brindarse apoyo y colaboración, efectos propios del núcleo familiar, concluyó.

Descartó valor probatorio, por sí solo, al informe de las visitas al que alude la demandada en su apelación; determinó que lo en él consignado debe ser acreditado dentro del proceso, porque de no ser así, implicaría que la parte puede crear su propia prueba; tuvo en cuenta que la administradora del edificio donde vivía el fallecido, en su declaración, fue clara al señalar que no conocía la situación particular de éste, solo lo concerniente a la administración y que entró al apartamento el día de su muerte y encontró a la demandante y a la enfermera; que aquella iba de vez en cuando y le comentaba la salud de don Ernesto; que igualmente el testigo Cujar dio cuenta de que no sabía con quien vivía el causante y que no recordaba la visita realizada por el banco, ni qué había dicho en esa ocasión, y

que hacía como 10 o 12 años que no le veía; que la señora Carvajal había dicho que no recordaba lo que manifestó en la llamada telefónica que le hizo el banco; todo esto lo llevó a concluir que el informe del banco había quedado sin piso.

A renglón seguido, condenó a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por compartir el razonamiento de la Corte Constitucional cuando se ocupó de la constitucionalidad de dicho precepto y negó la excepción de prescripción.

## IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el banco, concedido por el tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

## V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que esta Corte case totalmente la sentencia del 18 de septiembre de 2009 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que, una vez constituida en sede de instancia, proceda a confirmar la sentencia del *a quo* y decida en costas lo que corresponda.

Subsidiariamente, en caso de que se estime que procede la sustitución pensional reclamada, solicita casar parcialmente la sentencia recurrida, para que, una vez constituida en sede de instancia, se sirva revocar el numeral segundo de la decisión del *ad quem* y, en su lugar,

disponga la absolución por intereses moratorios y decida en costas lo que corresponda.

Con tal propósito formula un solo cargo que fue replicado.

## VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial, por la vía indirecta, por aplicar indebidamente los artículos 46 y 141 de la Ley 100 de 1993 y *"los artículos 46 y 47 de la Ley 797 de 2003"*, a consecuencia de los errores evidentes de hecho, a su juicio, originados en la apreciación errónea de las pruebas que más adelante señala.

**Errores de hecho, según el impugnante:**

1. Dar por demostrado, sin estarlo, que la pretensora convivió con el causante, no menos de 5 años continuos con anterioridad al deceso.

2. No dar por demostrado, estándolo, que la actora no convivió con el causante continuamente durante los 5 años anteriores a su deceso.

**Pruebas calificadas erróneamente apreciadas, según el recurrente:**

1. Informe de visitas domiciliarias llevadas a cabo con vecinos de los lugares de residencia de la accionante y el causante, con el fin de establecer y constatar convivencia entre éstos. (fls. 88 a 105 del c. No.1).

2. Solicitud de afiliación y cambio de plan de póliza hospitalaria y cirugía, suscrita por el causante, en la cual consta que su estado civil es *"separado"*. (fls. 70 y 71 del c. No. 1).

3. Documento suscrito por la actora en el cual registra como dirección de su domicilio, otra diferente a la del lugar de residencia del causante. (fl. 85).

4. Memorial dirigido por el banco a la actora el 1° de diciembre de 2006, a través del cual, en forma detallada, le comunica las razones de hecho y de derecho que condujeron a la negación de la sustitución pensional solicitada. (fls. 102 a 105 del c. No. 1).

5. Interrogatorio de parte absuelto por la demandante. (fls. 153 a 161).

**Pruebas no calificadas erróneamente a preciadas:**

1. Testimonio de Gustavo Botero. (fls. 162 a 165)

2. Testimonio de Gina Marcela Murcia Castañeda. (fls. 165 a 168)

3. Testimonio de Oiga María Vega Cortés. (fls. 169 a 172)

4. Testimonio de Cecilia Lara Parra. (fls. 172 a 176 vto.)

5. Testimonio de Alfonso Cujar Saravia. (fls. 178 a 181)

6. Testimonio de Ester Durán Rojas. (fls. 181 a 185 y 194 a 195)

7. Testimonio de Lilia De La Fuente Carvajal. (fls. 19S a 197)

**DEMOSTRACIÓN:**

Refiere la censura que el *ad quem* valoró erróneamente las pruebas enlistadas y, así, en evidente error de hecho dedujo que la actora sí convivió con el causante, por lo menos durante los 5 años anteriores a su fallecimiento, efecto para el cual señaló que los testimonios fueron coincidentes en ello, así como que la prueba documental aportada, *«como por ejemplo la póliza del seguro funerario contratada por la accionante (…) cuyo beneficiario era el causante»*, demostraban la intención de ayuda y socorro propia de los cónyuges que comparte una vida marital y convivencia mutua.

De igual manera, anotó el recurrente que, para reforzar su dicho, el juez colegiado también dijo que el informe de las visitas realizadas por el banco demandado para corroborar la convivencia entre el causante y la accionante, no tenían valor probatorio por sí solo, sino que lo allí consignado debía ser acreditado dentro del proceso, porque, de no ser así, para el juzgador de alzada, implicaría que la parte creara su propia prueba. (fl. 21 del c. No. 2).

De tales afirmaciones del tribunal, el recurrente deriva que las pruebas señaladas a espacio fueron erróneamente apreciadas, porque de ellas se colige que la demandante se separó del causante desde 1988, para establecer otra unión, en la cual decidió tener un hijo extramatrimonial, según su dicho, con permiso de su cónyuge; circunstancia

esta que, además de calificarla de extraña a toda relación conyugal de convivencia, asevera que no fue probada con documento alguno, y menos aún con los testimonios de quienes fueron citados para que depusieran en su favor.

Por el contrario, del interrogatorio de parte, el objetor de la sentencia dice que surge con claridad que la actora decidió abandonar su hogar para tener el hijo extramatrimonial con quien convivió en casa de su madre, lugar de residencia que reportó durante años ante el banco demandado como su lugar de vivienda y que, posteriormente, reemplazó con la dirección del apartamento de propiedad de su hija en el que vivía.

Refiere a la afirmación supuestamente realizada en el citado interrogatorio por la demandante sobre que nunca se separó *«legalmente»* de su cónyuge, pero que esta nunca negó, y sí afirmó la separación de hecho ocurrida desde 1988; situación fáctica que unida al propio dicho de la actora, según el cual después del nacimiento de su hijo extramatrimonial y hasta el momento del deceso, tuvo con el causante un trato cordial que, como tal, no demuestra la convivencia en discusión, pero junto, con los testimonios analizado en detalle por la censura, en su opinión, evidencia que el señor Ernesto convivió durante sus últimos años con una tía y su hija, hasta cuando la primera falleció y la segunda fijó su residencia en Estados Unidos; y luego, estuvo solo hasta el momento de su muerte en el apartamento, en el que lo cuidaba la enfermera contratada para su asistencia, al que eventualmente se presentaba la

demandante, quien, por razón de su trabajo, tal y como lo dijo el salvamento de voto de la sentencia recurrida, vivía fuera de Bogotá (fl. 156), es decir, no vivía con el causante.

Para el contradictor de la sentencia, el hecho que la demandante hubiere contratado una enfermera para el cuidado del causante en la enfermedad terminal que lo aquejaba, así como la póliza funeraria en su favor y lo fuere a visitar durante los dos últimos meses de su vida, cuando su trabajo le permitía presentarse en la ciudad de Bogotá, no indica nada diferente al trato cordial al que tanto alude la demandante; pero, esto no implica el trato conyugal y de convivencia legalmente exigido, cuya carga probatoria le correspondía a la actora acreditar para hacerse beneficiaria de la sustitución pensional deprecada.

Confrontó las deducciones fácticas del juzgador con las versiones testimoniales obrantes en el plenario, al igual que lo hizo con las documentales, y, de ellas, sostuvo que tales pruebas tan solo evidencian la relación cordial que ligaba a la demandante con el causante, no obstante no demostraban la convivencia conyugal que exige la ley para otorgar la sustitución de la pensión, pues, de una parte, las pólizas de amparo, y de otra, los testimonios rendidos en favor de la actora, tal y como lo dijo el *a quo* y lo adujo el salvamento de voto, no son contundentes, ni presentan elementos de certeza en cuanto a la convivencia en discusión.

Agregó que era contrario al principio de la buena fe contenido en el artículo 83 de la Constitución el que el tribunal hubiese desestimado la documental de folios 88 a 105 referida al informe de visitas domiciliarias realizadas por el banco demandado para corroborar la convivencia entre el causante y la demandante; se lamentó de que pese a que la citada prueba no fue tachada, ni objetada de falsedad por la accionante, resulta inexplicable que el juez de alzada considerara que se trataba de una prueba fabricada por el mismo banco; que, si así lo estimó, ha debido señalar cuál es la prueba que demuestra el actuar de mala fe de la entidad, respecto de lo cual, anotó, guardó silencio el juzgador y, contra toda evidencia, en protuberante error de hecho, desconoció que la verdad procesal que demuestra el citado informe es en un todo coincidente con el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, así como con las declaraciones de los testigos que corroboran lo consignado en el informe.

Concluye que si el *ad quem* hubiere valorado el acervo probatorio en su conjunto y en debida forma, habría concluido: (i) que el estado civil del causante era el de «*separado*», tal y como consta a folios 70 a 71 del c. No. 1, de manera que no hacía vida conyugal con la actora; (ii) que la actora no vivía en el mismo lugar en el que habitó el causante tal y como consta a folios 85, 89 a 92, 102 a 105 del c. No. 1 y deriva tanto del interrogatorio de parte, como de los testimonios recibidos; (iii) que, si bien la actora contrató pólizas que amparaban a su ex esposo, las mismas no acreditan convivencia, ni mucho menos la intención de

apoyo y socorro que, en evidente error de hecho, adujo el juez de alzada, porque la verdad es que, en últimas, el beneficiario de la mismas no es el asegurado sino el tomador, en este caso la demandante, a quien las compañías de seguro terminaron reconociéndole el valor económico de la primas o auxilios amparados.

Respecto del cargo subsidiario, acusó la sentencia de ser violatoria de la ley por la vía directa, en el concepto de interpretación errónea del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 467, 468 del C.S.T.; Ley 171 de 1961; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969 y Ley 4a de 1976.

**DEMOSTRACIÓN DEL ALCANCE SUBSIDIARIO DE LA IMPUGNACIÓN**

El yerro endilgado consiste en que el *ad quem,* en abierto desconocimiento de la jurisprudencia vigente, reiterada y reciente de esta corporación, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en la Ley 100 de 1993, cuando la verdad es que, de acuerdo con el precedente jurisprudencial, la condena al pago de intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la citada ley, solo es aplicable en el caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de las pensiones reconocidas con fundamento en dicha normativa, mas no, como en el *sub judice,* donde la obligación tiene su origen en la convención colectiva de trabajo que cobijaba al demandante y, en virtud de la cual, le fue otorgada la pensión, hecho aceptado por las partes,

establecido por el juez de alzada y, en consecuencia, que no es objeto de censura en este cargo dada la vía directa escogida.

El yerro que le endilga al fallo recurrido lo fundamenta en la sentencia del 19 de mayo de 2010, en el expediente radicado bajo el número 38409, en la cual la Corte reiteró el precedente jurisprudencial sentado desde la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2002 en el expediente 18273.

## VII. RÉPLICA

El opositor le achaca a la demanda falta de proposición jurídica completa, porque no se identificó bien la norma violada, al haber acusado los artículos 46 y 47 de la Ley 797 de 2003, pero, afirma, esta ley no tiene sino 24 artículos.

En cuanto al fondo, manifiesta que el tribunal no podía tomar el informe de visitas, el cual, dice, no es auténtico y así lo calificó el juzgador. Que el artículo 298 del CPC impide tomar como prueba testimonios extra proceso, cuando la solicitud no cumple los requisitos de la norma. Por esto, considera que no acierta la censura en el reparo sobre el punto.

Respecto de la supuesta confesión a la que alude el cargo, lo primero que alega es que esta no existe, y que el censor debió dedicarse a demostrar su existencia, pero no lo

hizo, pues, asevera, se dedicó a realizar conjeturas, suposiciones e interpretaciones para inferir algo distinto a lo afirmado por el tribunal. Sostiene que, si el ataque no se construye sobre una confesión real, el ataque es vano, según la sentencia No. 32044 del 29 de julio de 2008, donde, del interrogatorio de parte y la confesión, la Corte razonó que aquel no es prueba calificada en casación.

Manifiesta que el ataque por la vía indirecta debe estar sustentado en probanzas calificadas que demuestren un agravio fundado o un error de hecho evidente, capaz de desquiciar la sentencia recurrida, para que se pueda casar la sentencia; ya que, conforme al artículo 61 del CPT, el juez colegiado tiene la libertad de formar su convencimiento y, en ese orden, otorgarle una valoración probatoria de conformidad con la crítica legal.

De igual manera, se opone a la prosperidad del cargo subsidiario, pues considera que no se puede afirmar que las partes y el juez están de acuerdo con que *"la pensión de sobrevivientes"* es de origen convencional, ya que esto, asevera, no se atiene a los supuestos fácticos establecidos en el proceso; además que el mismo banco le exigió a la accionante los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para tener derecho a, o sea la aplicación de la precitada ley; por otra parte, agrega, la sentencia invocada a su favor por el recurrente que niega los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, versa sobre una pensión de Ley 33 de 1985, la cual es diferente a la del caso; en cambio, cita la sentencia No. 35599, donde, en su

criterio, la Corte reconoce los intereses del artículo 141, como condición más beneficiosa, en los eventos de habérsele negado al cónyuge supérstite el pago de dicha prestación.

## VIII. CONSIDERACIONES

El meollo de la controversia del *sub lite* en las instancias tuvo que ver con la prueba de la convivencia de los cinco años anteriores a la muerte del pensionado que, según el tribunal (al igual que el juez del circuito), exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, puesto que, conforme al historial del proceso, la ausencia de dicha convivencia fue el motivo invocado por el banco, desde un principio, para negar a la accionante la pretensión de sustitución de la pensión.

El tribunal, contrario a lo resuelto por el juez del circuito, determinó, con apoyo en prueba testimonial y en la documental consistente en la póliza de seguro funerario contratada por la accionante a través de *"Corbanca"*, fl. 16, a partir del 11 de febrero de 1990 hasta el 6 de enero de 2005, cuyo beneficiario era el causante, *"entre muchas otras"* (se entiende, los otros seguros donde la actora y el causante eran beneficiarios entre sí, los que también relacionó en detalle el juez colegiado), de las cuales derivó *«una intención permanente de la accionante y el causante de ayudarse y socorrerse mutuamente, conducta propia de cónyuges que comparten una vida marital y convivencia mutua, existencia de lazos afectivos y el ánimo de brindarse apoyo y colaboración efectos propios del núcleo familiar»*; razonamiento fáctico que revela que el juzgador no

examinó debidamente los folios 70 y 71, contentivos de la solicitud de afiliación y cambio de plan de póliza hospitalaria y cirugía, suscrita por el causante el 1º de junio de 1988, donde registró que su estado civil era «*separado*»; ni la del fl. 85, consistente en el documento suscrito por la actora y en la cual ella registra como domicilio una dirección diferente a la del causante; como tampoco hizo análisis alguno respecto del tiempo que la actora se fue a vivir a donde su señora madre a tener un hijo extramatrimonial, supuestamente con el permiso del causante, según la confesión que aflora, sin mayor esfuerzo, de la lectura del interrogatorio de parte (fl153) y que concuerda con la información del pensionado en el formulario de afiliación antes mencionado; pruebas calificadas en las que la censura ancló los yerros denunciados.

En el interrogatorio de parte, fls. 153 y ss, la pretensora, al responder la primera pregunta, aceptó que se fue a vivir un tiempo donde su mamá, mientras tuvo su bebé, con la aclaración que nunca se separó *"legalmente"* de su esposo; al preguntársele la fecha de esta separación, manifestó que su marido le *«…dio un permiso de tener un hijo porque él no podía tener más hijos, él me preguntó que si yo quería tener otro hijo y yo le dije que sí, él me dio permiso y yo estuve donde mi madre en el año 1987 y 1988, que fue cuando nació Camilo mi hijo en febrero 17 de 1988, con permiso de mi marido. No fue separación de hecho, ni fue nada, ninguna clase de documento, ni absolutamente nada.»*

Más adelante, cuando se le preguntó si, a partir de 1988, ella hizo vida marital con el causante o con el padre de su hijo, ella respondió:

> *…hasta los tres años, estuve sola en la casa de madre (sic), siempre. Aquí tengo una foto que la allego al Despacho en donde se puede observar (sic) Ernesto y Camilo y toda la familia, mi madre, hasta los tres o cuatro años del niño estuve con mi madre y después estuve conviviendo con Ernesto, como lo demuestra (sic) todos los documentos que mi marido (sic) aporté en el proceso. Un mes antes de morir Ernesto a folio 18 que es el de "Recordar", la dirección en donde nosotros vivíamos y aparece mi nombre el de él y el de mi hija Carolina que tuve con el matrimonio y la actualización de datos del (sic) fecha 6 de diciembre de 2004 del Banco firmada por mi marido Ernesto… con huella que obra a folio 17, por exigencia del banco. Nunca conviví con el papá de mi hijo Camilo, yo quise tener un hijo y mi marido me dio permiso.*

La precitada omisión en la valoración probatoria, además que se relaciona con medios calificados en casación, es relevante para el esclarecimiento de la convivencia, conforme a la interpretación que hizo la entidad demandada y acogió el tribunal, sin reparo alguno, del tan mentado artículo 47 de la Ley 100 de 1993, de exigir los cinco años de convivencia anteriores al momento de la muerte del pensionado; por lo que el cargo resulta fundado.

Sin embargo, no se casará la sentencia, en razón a que, de acuerdo con el análisis probatorio en sede de instancia, se ha de mantener la sentencia condenatoria por las siguientes razones.

Primero que todo se ha de advertir por la Sala que, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993,

modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, los cinco años que prevé la norma no, necesariamente, deben cumplirse con anterioridad al momento del fallecimiento; así lo tiene asentado la jurisprudencia de esta Corte, verbigracia en la sentencia CSJ SL 12442 de 2015, donde se dice:

> *2.- Precisado lo anterior, es menester señalar que la labor del juez no se reduce a la simple aplicación mecánica de la ley, sino que en su función trascendente subyace el imperativo de hacer efectivo el bien jurídico protegido, que no se realizaría si se acogiera una interpretación exegética del inciso 3º del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Una lectura sistemática atendiendo la teleología del precepto conduce a su armonización con lo previsto en el artículo 46 ibídem, en el sentido que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes se exige ser miembro del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca. En otras palabras, el amparo se concibe en la medida en que quien reivindica el derecho merezca esa protección, en cuanto forma parte de la familia del causante en la dimensión en que ha sido entendida por la jurisprudencia de la Sala, referida en el caso de los cónyuges, a quienes han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia (CSJ SL, 10 de may. 2005, rad. nº 24445.*
>
> *Más adelante, en la misma providencia asentó la Corporación:*
>
> *"El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 al establecer que el cónyuge o compañero permanente supérstite son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los equipara en razón a la condición que les es común para ser beneficiarios: ser miembros del grupo familiar. No significa ello que se desconozca la trascendencia de la formalización del vínculo en otros ámbitos, como para la filiación en el derecho de familia, o para quien lo asume como deber religioso por su valor sacramental, sino que se trata de darle una justa estimación a la vivencia familiar dentro de las instituciones de la seguridad social, en especial la de la pensión de sobrevivientes, que como expresión de solidaridad social no difiere en lo esencial del socorro a las*

*viudas y los huérfanos ante las carencias surgidas por la muerte del esposo y padre; es obvio que el amparo que ha motivado, desde siglos atrás, estas que fueron una de las primeras manifestaciones de la seguridad social, es la protección del grupo familiar que en razón de la muerte de su esposo o padre, o hijo, hubiesen perdido su apoyo y sostén cotidiano, pero no para quien esa muerte no es causa de necesidad, por tratarse de la titularidad formal de cónyuge vaciada de asistencia mutua".*

*Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención.*

*No se trata de excluir el amparo bajo el concepto de cónyuge culpable, sino que quien lo reclama debe hacerse acreedor a él, pues la protección de la seguridad social en la medida en que ambos regímenes tanto el de prima media como el de ahorro individual, implican un esfuerzo colectivo y solidario, debe acoger al verdadero titular, porque de lo contrario se generaría inequidad, cuando frente al bien jurídico protegido el reclamante resulte ajeno a él.*

*Ese supuesto de la pervivencia de la condición del ser miembro de la familia del causante en los términos precisados por la jurisprudencia, no obstante la separación de hecho, debe ser probado por el cónyuge que reclama la prestación, salvo que demuestre que esa pertenencia al grupo familiar no ha perdurado por situaciones ajenas a su voluntad.*
*[…]*

*Además de lo anterior, debe precisar esta vez la Sala que en eventos como el sub lite, en que los cónyuges se encuentran separados al momento del fallecimiento, y que ese apartamiento entendido como rompimiento de la convivencia como lo ha entendido la jurisprudencia, se ha prolongado en el tiempo, resulta relevante, y habría que analizarlo en cada caso según sus particularidades, si quien pretende el derecho con ocasión de la muerte del otro cónyuge, participó en la construcción de la pensión, entendiendo por esto, que lo acompañó durante su vida productiva, le prestó socorro y ayuda, y fue solidario con sus necesidades, todo dentro del marco de las obligaciones que por ley le corresponden a los esposos -artículo 176 del Código Civil-, pues de lo contrario si lo abandonó, o ha transgredido esas pautas de comportamiento impuestas por el mismo legislador, o simplemente estuvo ausente durante el periodo de maduración del derecho pensional, carecería de interés legítimo para recibirla.*

*Se debe garantizar que el derecho a la pensión sea reconocido a quien en virtud de la ley lo adquirió, para que de una parte, se satisfagan los objetivos de la seguridad social, y de la otra, se preserve el equilibrio financiero del sistema, en los términos del artículo 48 de la Constitución, con las modificaciones del Acto Legislativo 1 de 2005, de acuerdo con el cual para consolidar el derecho a los beneficios y prestaciones de la seguridad social es menester cumplir los requisitos establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.*

De tal suerte, que, a pesar de resultar el cargo fundado en el sentido de que el juez de alzada no atendió la confesión de la demandante de la cual se deriva una interrupción en la convivencia bajo el mismo techo en los años 1987 y 1988 en un periodo por establecer, en instancia se llega a la misma decisión, puesto que, conforme a la postura de esta Corte frente a la interpretación del precitado artículo 47 con la modificación del 2003, no se requiere que los cinco años de convivencia sean previos al día del fallecimiento del pensionado, sino que se han de tomar los años compartidos en comunidad de

pareja en cualquier tiempo, pero no inferiores a cinco; eso sí, siempre y cuando, ante la falta de convivencia al momento de la muerte, el solicitante demuestre que se hace acreedor a la protección, en cuanto, tras la separación de hecho, efectivamente siguió haciendo parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y, por esta razón, su partida definitiva le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención.

De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, se tiene que la actora contrajo matrimonio con el causante el 5 de agosto de 1972, fl. 2; no obra prueba de acto jurídico que le pusiera fin a tal vínculo matrimonial, sin embargo, con base en la confesión de la actora, se tiene certeza que dicha unión marital permaneció hasta 1987, cuando ella se fue del hogar para tener un hijo extramatrimonial, lo que pone de relieve que la pareja convivió, al menos, alrededor de 15 años.

Por otra parte, al margen de si los testimonios y las pruebas documentales obrantes en el expediente arrojan o no seguridad de que la convivencia matrimonial se hubiese reanudado o mantenido vigente después del nacimiento del hijo de la accionante y hasta el momento del fallecimiento del esposo, como ella lo sostiene, siendo este un hecho divisible del confesado (artículo 200 del CPC), por tal razón, las pruebas de la convivencia requieren de gran contundencia frente a la situación extraordinaria vivida por la pareja y confesada por la accionante, de todos modos, de

las certificaciones referentes a las pólizas de seguro funerario, fls. 18 al 22; de hospitalización y cirugía, fls. 23 y 24; y de salud total, donde la actora y el causante eran beneficiarios mutuos de la póliza con Liberty Seguros, S.A., fls. 23 al 27; si bien, por sí solas, no demuestran la convivencia en los últimos cinco años de vida del causante, de ellas se colige que los esposos, ulteriormente de haber convivido por 15 años, luego del nacimiento del hijo extramatrimonial de la actora, al menos continuaron con la relación de afecto, y que, en la realidad, los lazos familiares siguieron vigentes y actuantes, por haber permanecido entre ellos, como pareja, la comunicación, solidaridad y ayuda mutua; es que ellos no solo compartían la protección a través de los seguros adquiridos conjuntamente; adicionalmente, los testimonios recibidos dentro del proceso de lo que sí no dejan duda es que la accionante lo acompañó en su lecho de muerte y se hizo responsable de la contratación de la enfermera para ayudarlo a lidiar con la enfermedad que padecía, estuvo pendiente de su salud, todo esto aunado a que tramitó los gastos de entierro correspondientes.

A lo acabado de ver se suma, que, a folios 319 y 320, fue allegada la resolución de reconocimiento de la pensión convencional del causante por el banco, a partir del 27 de diciembre de 1980, por haber reunido 25 años de servicio, momento para el cual el pensionado se encontraba casado y conviviendo con la accionante desde el 5 de agosto de 1972.

Por tanto, quien pretende en esta oportunidad el derecho a la sustitución con ocasión de la muerte del otro cónyuge, a más de que se tiene la seguridad de que convivió por 15 años y que conservó hasta la muerte los lazos familiares, con el pensionado, también participó en la construcción de la pensión a suceder, entendiendo por esto, se itera, que lo acompañó durante su vida productiva, le prestó socorro y ayuda, y fue solidaria con sus necesidades, todo dentro del marco de las obligaciones que por ley le corresponden a los esposos -artículo 176 del Código Civil.

De lo antes dicho, en sede de instancia, sigue, tal y como lo concluyó el tribunal, que la actora tiene derecho a la sustitución pensional, pero por las razones que acaba de exponer esta Corte. En consecuencia, no se casará la sentencia en este aspecto.

**Respecto del cargo subsidiario** presentado por la apoderada del banco, referente a la condena de los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, tiene razón la impugnación, puesto que, en efecto, la Corte tiene asentado que los intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 son procedentes respecto de prestaciones concebidas por esa normatividad, es decir, «*cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral*» (sentencia de 28 de noviembre de 2002. Radicación 18.273); mientras que la pensión a sustituir en *sub lite* no corresponde a una pensión del sistema integral de seguridad social; atrás quedó constatado su carácter convencional; y no cambia su

naturaleza por el hecho que, para efectos de resolver sobre la trasmisión del derecho por muerte del titular, a falta de una regulación sobre el punto en la convención, se acuda al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, como lo plantea el replicante para impedir que se case la sentencia en este acápite.

La sentencia que cita el opositor de la CSJ del 4 de febrero de 2009, No. 35599, para desvirtuar el argumento de la censura, no establece, como él lo interpreta de forma equivocada, la regla que los intereses moratorios en cuestión, proceden, en virtud de la condición más beneficiosa, para todos los casos de habérsele negado al cónyuge *"la pensión de sobrevivientes"*. Tal precedente se refiere es a las pensiones de sobrevivientes generadas en virtud del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y de normas anteriores del ISS en aplicación de la condición más beneficiosa, y resuelve la procedencia de los intereses del artículo 141 mencionado así:

> *El problema jurídico que se plantea, atinente a la procedencia de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993,* ***cuando se concede la pensión de sobrevivientes*** *o de invalidez* ***por cumplirse los requisitos de los reglamentos del seguro social****, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, ya ha sido resuelto por esta Corporación.*
>
> *Por lo tanto, para dar respuesta al cargo basta remitirse a lo expuesto recientemente en sentencia de 25 de noviembre de 2008, rad. N° 33164, donde se dijo:*
>
> *"La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que bajo la expresión 'en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley' contenida en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, quedan comprendidas las pensiones que se*

*forman dentro del sistema ya como pensiones de vejez, de invalidez ora de sobrevivientes.*

*"Y no solamente las que se concedan cumpliendo con los requerimientos de los artículos 31, 33, 39 y 46 de la citada normatividad, sino también aquellas que se formaron en los regímenes anteriores administrados por el Instituto de Seguros Sociales, esto es, las de vejez que quedaron a cargo del Sistema de Seguridad Social Integral que se conceden regidas por las reglas del artículo 36 de la Ley 100 o régimen de transición, por satisfacer los requisitos previstos en los artículos 12 y 25 del Acuerdo 049 de 1990 y causadas en vigencia de la ley 100 de 1993, y las que por interpretación jurisprudencial también quedaron incorporadas al Sistema con el cumplimiento de estas exigencias, dentro de las cuales están comprendidas las pensiones de sobrevivientes como la que se reclama en el sub lite.*

*"Esta Corporación ha tenido la oportunidad de aplicar este criterio, en otras ocasiones en que también se han concedido pensiones de sobrevivientes con invocación del principio de la condición más beneficiosa y se ha declarado procedente la condena a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, entre ellas las de 21 de marzo de 2007 rad. N° 27549 y de 11 de septiembre de 2007 rad. N° 29818. En esta última se dijo textualmente:*

*'De los primeros (intereses moratorios establecida (sic) en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993) se tiene que son procedentes, habida consideración que la pensión de sobrevivientes es una prestación consagrada en dicha normatividad y en el presente caso está (sic) se causó durante su vigencia, pues el señor Libardo de Jesús Ríos de quien la actora deriva el derecho a la misma, falleció el 15 de febrero de 2000)'".*

Basta ver que, en el presente caso, no se trata de una pensión de sobrevivientes en los términos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, menos de una pensión del sistema a sustituir, para ver que la sentencia invocada por el opositor no aplica.

En consecuencia, se casará parcialmente la sentencia, en el ordinal segundo donde el juez colegiado condenó a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Sin costas en sede de casación, dado que la censura tuvo en parte razón.

En instancia, con los mismos argumentos expuestos en sede de casación, se tendrá que negar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 2003. No obstante, se condenará al banco a pagar las mesadas pensionales adeudadas a la accionante debidamente indexadas, desde la fecha de su causación y hasta el momento de su pago.

## IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 18 de septiembre de 2009, ordinal segundo, en el proceso que instauró **LAURA VICTORIA MENDOZA MERCHÁN** contra el **BANCO CAFETERO EN LIQUIDACIÓN.**

En instancia, se absuelve de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; y se le condena a pagar las mesadas pensionales adeudadas a la accionante

debidamente indexadas, desde la fecha de su causación y hasta el momento de su pago.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

**JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN**
Presidente de sala

**CARLOS ARIEL SALAZAR**
**CONJUEZ**

**GERARDO BOTERO ZULUAGA**

**JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ**

**FERNANDO CASTILLO CADENA**

**RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO**

**LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS**