

ERNESTO FORERO VARGAS

Magistrado ponente

SL5215-2018

Radicación n.º 63518

Acta 42

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **LUCELLY MONCADA GONZÁLEZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 30 de abril de 2013, en el proceso ordinario laboral que instauró la recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES** en el que se hizo como tercero *ad excludendum* a la compañera permanente **ROSA NOHELIA CARDONA DE HERRERA** y a la hija del causante **NATACHA GÁLVEZ MONCADA**.

I. ANTECEDENTES

Lucelly Moncada González llamó a juicio al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, con el fin de que se

condenara a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su esposo Diego Luis Gálvez Parra, a partir del 8 de octubre de 2005; las mesadas adicionales de junio y diciembre; los intereses moratorios o la indexación; así como las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que contrajo matrimonio el 5 de mayo de 1979 con el señor Diego Luis Gálvez Parra, quien falleció el 9 de octubre de 2005, fecha la cual no se encontraban conviviendo, sin embargo, no se había liquidado la sociedad conyugal.

Señaló que ante el fallecimiento de su cónyuge solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por cuanto cumplía los requisitos legales para acceder a esa prestación, pero el ISS mediante Resolución 24501 del 19 de octubre 2006, se lo negó argumentando que al momento del deceso del afiliado ella no se encontraba haciendo vida conyugal con él.

Indica que, para el 9 de octubre de 2005, se encontraba vigente el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que le otorgaba el derecho a recibir una cuota parte de la pensión en caso de mantenerse la unión conyugal, y que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 contemplaba en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima.

Solicitó se llamara al proceso a la señora Rosa Nohelia Cardona de Herrera, quien también se había presentado ante el ISS a reclamar la pensión de sobrevivientes por la muerte de Diego Luis Gálvez Parra, como compañera a quien a través del auto de fecha 14 de febrero de 2008 (f.º 15) se dispuso citar como interviniente *ad excludendum*.

Al dar respuesta a la demanda, Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó la celebración del matrimonio, la fecha de fallecimiento del señor Diego Luis Gálvez Parra, que la demandante no se encontraba conviviendo con el causante, y que negó la pensión de sobrevivientes a través de la Resolución 24501 del 19 de octubre 2006. Frente a los demás señaló que no eran ciertos, porque Lucelly Moncada González no cumplía con los requisitos exigidos por la norma para ser beneficiaria de la prestación pretendida, porque no probó la convivencia ni la dependencia económica.

En su defensa propuso como excepciones la de inexistencia de la obligación, imposibilidad de condena en costas, y prescripción.

Al dar respuesta a la demanda, Rosa Nohelia Cardona de Herrera como interviniente *ad excludendum*, se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó que la demandante y el causante no convivían juntos por cuanto ella y el fallecido hacían vida marital desde el 22 de mayo de 1998, que la señora Moncada González reclamó la pensión

de sobrevivientes y que le fue negada; manifestó que no le consta la celebración de matrimonio entre la pareja Gálvez-Moncada; y que los demás no son hechos sino apreciaciones jurídicas.

En su defensa propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.

A su vez la señora Rosa Nohelia Cardona de Herrera, formuló demanda contra el ISS, con el fin de que se condenara a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente señor Diego Luis Gálvez Parra, a partir del 9 de octubre de 2005; las mesadas adeudadas debidamente indexadas, los intereses de mora y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que el 9 de octubre de 2005 falleció el señor Diego Luis Gálvez Parra siendo pensionado del ISS; que ella y el causante fueron compañeros permanentes desde el 22 de mayo de 1998 hasta el día de su muerte, siendo el *de cujus* quien cubría todas las necesidades económicas de la señora Cardona de Herrera; que declararon la unión marital de hecho mediante la escritura 2259 de la Notaría 13 del Círculo de Medellín; que fue ella quien canceló todos los gastos funerarios y posteriormente el ISS le reconoció el auxilio correspondiente; que reclamó la pensión de sobrevivientes a la entidad demandada, pero esta se la negó a través de la Resolución 025871 del 22 de octubre de 2007.

La demanda del tercero *ad excludendum* fue admitida en audiencia celebrada el 2 de noviembre de 2010 (f.º 92), y se corrió traslado de la misma al ISS.

Al dar respuesta a la demanda del tercero *ad excludendum*, el Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó el fallecimiento del asegurado, que fue pensionado por invalidez mediante Resolución 016190 del 8 de septiembre de 2005, que la señora de Cardona de Herrera reclamó la pensión de sobrevivientes y que le fue negada; indicó que el tiempo de convivencia no era cierto porque se puede establecer por el grupo de verificación, que el señor Gálvez si convivía con ella pero solo a partir del año 2003, a los demás dijo no constarle por ser situaciones de su vida privada que esa entidad no tiene por qué conocer.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación por ausencia de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, petición de lo no debido, buena fe del ISS, mala fe de la interviniente, improcedencia de los intereses de mora, improcedencia de la indexación de las condenas, imposibilidad de condena en costas, prescripción, compensación y la innominada.

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, mediante auto de fecha 7 de julio de 2010 (f.º 65), ordenó citar a la señora Natacha Gálvez Moncada en calidad de interviniente *ad excludendum* por ser la beneficiaria del

100% de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de su padre Diego Luis Gálvez Parra, quien se presentó al despacho a notificarse personalmente el 21 de septiembre de 2010, tal como consta en el acta de folio 66, y que guardó silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral de Descongestión del Circuito de Medellín, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante sentencia del 29 de junio de 2012 (f.º 342-354), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probados los medios de defensa propuestos por la parte demandada, excepción la denominada **IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES DE MORA**, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que a las señoras **LUCELLY MONCADA GONZÁLEZ** y **ROSA NOHELIA CARDONA DE HERRERA** [...], les asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge y compañero permanente, el señor **Diego Luis Gálvez Parra** [...].

TERCERO: CONDENAR al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora **LUCELLY MONCADA GONZÁLEZ** a partir del 1º de julio del presente año, liquidación que deberá continuar efectuando la entidad, aplicándole un porcentaje del 70,84% sobre la mesada pensional, que para el presente año arroja una suma mensual de **CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS MLC (\$424.929)**, cifra que a su vez se ordena incrementarse anualmente con base en el IPC certificado por el DANE, sin perjuicio de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

CUARTO: CONDENAR al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora **ROSA NOHELIA CARDONA DE HERRERA** a partir del 1º de julio del presente año, liquidación que deberá continuar efectuando la entidad, aplicándole un porcentaje del 29,16% sobre la mesada pensional, que para el presente año arroja una suma mensual de **CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL**

NOVECIENTOS QUINCE PESOS MLC (\$174.915), cifra que a su vez se ordena incrementarse anualmente con base en el IPC certificado por el DANE, sin perjuicio de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

QUINTO: CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al reconocimiento y pago de la indexación de la mesada pensional que se debe reconocer a favor de las señoras LUCELLY MONCADA GONZÁLEZ y ROSA NOHELIA CARDONA DE HERRERA, desde el día 1º de julio del presente año y hasta cuando se haga efectivo el pago de la obligación, teniendo en cuenta para ello la fórmula que se mencionó en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a seguir efectuando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la joven Natacha Gálvez Moncada [...], en la suma de **QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$599.844)**, que equivale al 50% de la prestación económica, la cual se ordena a su vez incrementarse anualmente con base en el IPC certificado por el DANE y sin perjuicio de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

SÉPTIMO: ABSOLVER de las demás pretensiones formuladas por las señoras LUCELLY MONCADA GONZÁLEZ y ROSA NOHELIA CARDONA DE HERRERA, en consideración a las razones expuestas anteriormente.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la parte demandada y en favor de las señoras LUCELLY MONCADA GONZÁLEZ y ROSA NOHELIA CARDONA DE HERRERA, las cuales se liquidarán por la secretaria del derecho. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **UN MILLÓN CIENTO TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS PESOS MLC (\$1.133.400)**, de acuerdo a lo indicado en la parte motiva.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante fallo del 30 de abril de 2013, al resolver los recursos de apelación interpuestos por la cónyuge Lucelly Moncada González y la compañera por Rosa Nohelia Cardona de Herrera, decidió:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia [...], en cuanto a que se condenara al ISS a reconocer y pagar a la señora LUCELLY MONCADA GONZÁLEZ- demandante el **73,82%** calculado sobre el 50% de la mesada pensional, mesada que se fija en la suma de trescientos cuarenta y un mil ciento ochenta y siete pesos (\$341.187), incluidas las mesadas ordinarias y adicionales de junio y diciembre de cada año, sin perjuicio de los reajustes de cada año, cuya mesada se iniciara a pagar a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** en el sentido de indicar que se condenara al ISS a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de ROSA NOHELIA CARDONA DE HERRERA a partir del octubre 10/06, aplicando un porcentaje del **26,17%**, cuyo retroactivo calculado a abril 30/13, asciende a TRECE MILLONES CIENTO OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS M/TE (\$13.108.347.00).

A partir de mayo 1º/13 se continuará reconociendo y pagando la suma mensual de \$160.810.00, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre más los reajustes legales de cada año.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia N° 123, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, el 29 de junio de 2012, en atención a las consideraciones que anteceden.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, como agencias en derecho se fija la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$294.750.00), en favor de la interviniente.

QUINTO: Se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal fijó como puntos objeto de discrepancia de las partes, los siguientes: *i)* el cumplimiento del requisito de la convivencia mínima con el pensionado fallecido por parte de la compañera señora Rosa Nohelia Cardona de Herrera, para constituirse en beneficiaria de la pensión de sobrevivencia en un 50%; *ii)* o si por el contrario le asistía derecho a la demandante Lucelly Moncada González, en calidad de cónyuge supérstite, a percibir la porción de la

mesada pensional en discusión por un 50%; *iii*) si el pago total de la mesada pensional por parte del ISS a la hija del causante, desde la fecha del fallecimiento del pensionado 9 de octubre de 2005, excluye cualquier derecho a retroactivo pensional que pueda corresponder a la interviniente; y *iv*) si procede la condena al pago de los intereses moratorios e indexación.

Consideró como fundamento de su decisión, que para el deceso del señor Diego Luis Gálvez Parra, se encontraban vigentes los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que regulan los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, en este caso de un pensionado por vejez y los beneficiarios de la misma.

Indicó que en el *sub lite* no había discusión respecto de la acusación del derecho, porque el causante había sido pensionado por el ISS mediante la Resolución 016190 del 8 de septiembre de 2005.

Respecto de si la señora Rosa Nohelia Cardona de Herrera en calidad de compañera permanente cumplía con el requisito de la convivencia mínima para ser beneficiaria de la pensión pretendida, debía verificarse, primero, que el periodo mínimo de convivencia era 5 años continuos con anterioridad a la muerte del causante, segundo, si el causante tenía sociedad conyugal vigente, la prestación económica se reconocería en forma proporcional al tiempo de convivencia, y tercero, en caso de convivencia simultánea

en los últimos 5 años anteriores al deceso, la beneficiaria de la pensión sería la esposa.

Afirmó que en el interrogatorio de parte realizado a la señora Lucelly Moncada González, ésta manifestó que desconocía la convivencia del *de cujus* con la señora Rosa Nohelia Cardona de Herrera, y que se enteró por comentarios de sus hijas cuando visitaban a su padre en el «*lecho de enfermo*», en tanto que la señora Rosa Nohelia aseguró que su convivencia con el fallecido inició el 22 de mayo de 1998 y perduró hasta su muerte.

De las declaraciones de Edgar de Jesús Cárdenas González y de Luis Fernando Ochoa Tobón extrajo que los esposos convivieron hasta el 25 de diciembre de 2003 y de las de Betty Rengifo de Sánchez y Lucía María Zea Macías que el causante y la señora Cardona de Herrera hicieron vida marital desde el año 1998 hasta el fallecimiento de Diego Luis Gálvez Parra.

Expresó que de las documentales allegadas al plenario, se observaba copia simple de la escritura 2259 del 29 de septiembre de 2005, suscrita en la Notaría 13 del Círculo de Medellín, por los señores Diego Luis Gálvez Parra y Rosa Nohelia Cardona de Herrera manifestando que desde el 22 de mayo de 1998 iniciaron convivencia de forma libre y espontánea, teniendo como objeto el reconocimiento de la unión marital de hecho de conformidad con la Ley 979 de 2005. Indicó que se trataba de un documento público suscrito ante notario, donde se vertió la manifestación de la

voluntad autónoma, libre, espontánea del causante y su compañera, otorgada con plenitud de las capacidades de los participantes y afirmó que su contenido confirma la convivencia entre la pareja de compañeros permanentes y la fecha de iniciación.

Advirtió que a esta manifestación de la voluntad del *de cujus* debía dársele mayor grado de credibilidad y confirmaba que en sus inicios la convivencia entre los compañeros permanentes fue simultánea a la que había entre cónyuges, por lo menos hasta diciembre de 2002, lo que no impedía que ese periodo pudiera sumarse a los cinco años que debía acreditar Rosa Nohelia Cardona de Herrera, resaltando que se encontraba probada la convivencia de manera singular a partir de la fecha referida hasta el 9 de octubre de 2005, además que fue ella quien en ejercicio de sus obligaciones de socorro y ayuda mutua cuidó al causante en su enfermedad hasta el día de su muerte.

Acotó que, incluso en ese documento público el causante incorporó una cláusula de amparo pretendiendo la distribución de su pensión con el propósito de ayudar a su compañera permanente, manifestación que si bien no suple la ley, sí tenía la entidad para confirmar la decisión del *a quo*, en tanto que la prestación se reconoció de forma proporcional al tiempo de convivencia, descartando la posibilidad de ser la cónyuge la única beneficiaria.

Argumentó que del conjunto de pruebas recaudadas era posible deducir que si bien el señor Diego Luis Gálvez

Parra y su cónyuge Lucelly Moncada González convivieron hasta diciembre de 2002, también lo era que ello no excluía la convivencia simultánea del asegurado con la señora Rosa Nohelia Cardona de Herrera a partir de 1998, la que fue singular desde diciembre de 2002, cuando el causante abandonó el hogar, según lo declarado por la demandante y lo plasmado en documento de fecha 12 de octubre de 2003 (f.º 233) en el cual, el fallecido le propone a su esposa procurar una relación de amistad por el bien de sus hijas, otorgando certeza a la separación de hecho entre ellos, con anterioridad al año 2003.

De otro lado, dado que la compañera permanente pretende el reconocimiento de la prestación desde el 9 de octubre de 2005, consideró que la entidad accionada pagó el 100% de la mesada pensional a Natacha Gálvez Moncada hija del fallecido, no obstante que existía controversia entre beneficiarias sobre el 50% ignorando lo establecido en el artículo 34 del Decreto 758 de 1990, esto es, dejarla en suspenso hasta tanto se decidiera judicialmente a quien le correspondía el derecho. Concluyó que atendiendo la disposición en comento, la interviniente compañera tenía derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes incluidas las mesadas ordinarias y adicionales desde la fecha pretendida; respecto de la proporción que le corresponde al cónyuge, señaló que no se reconocerá dado que al final el valor pagado a la hija menor del causante era recibido por ella.

Sostuvo que revisado el porcentaje calculado con base en el tiempo de convivencia del causante con su esposa y con su compañera permanente, a la primera le correspondía un 73,82%, y a la segunda un 26,17%, ambos aplicados sobre un 50% de la mesada pensional.

Frente a los intereses de mora, indicó que dicha pretensión no estaba llamada a prosperar porque la controversia entre la cónyuge y la compañera permanente, era un tema que correspondía resolver a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el artículo 34 del Decreto 758 de 1990, y los intereses lo que buscan es sancionar la conducta pasiva y negligente de la entidad obligada a responder por una prestación de carácter económico, y en *sub lite* el ISS no reconoció la pensión porque en la investigación administrativa se coligió que la ninguna de las reclamantes cumplía con los requisitos para ser beneficiarias de la pensión, por lo tanto concluyó que la demandada no estaba obligada a pagar por ese concepto.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case parcialmente la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia,

revoque parcialmente el fallo del *a quo*, y en su lugar acceder a reconocer la pensión de sobrevivientes en proporción del total del 50% a la cónyuge Lucelly Moncada González, junto con los intereses moratorios y la indexación. Se provea en costas.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, los cuales fueron oportunamente replicados.

La Sala estudiará conjuntamente ambos cargos, dado que se encauzan por la misma vía, se denuncia igual elenco normativo y la sustentación de los mismos es similar.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada por violación directa en la modalidad de interpretación errónea del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 en relación con el 12 de misma norma; artículos 50, 141 y 142 de la Ley 100 de 1993; artículo 61 del CPTSS y artículos 42, 48 y 53 de la CN.

En la demostración del cargo señala que la decisión del Tribunal consideró que al cónyuge Lucelly Moncada González le asistía derecho a la cuota parte completa de la pensión reclamada, en proporción al tiempo de convivencia. Quedando indiscutido que el causante y la demandante contrajeron matrimonio el 5 de mayo de 1979 y se mantuvo su unión hasta diciembre de 2002, fecha en que abandonó

el hogar; y entre 1998 y el 9 de octubre de 2005, existió convivencia entre el fallecido y la compañera permanente.

Indica que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala que *«si respecto de un pensionado hubiese una compañera o compañero permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido»*, advirtiendo que según ésta, cuando los cónyuges se encuentren separados de hecho, hay lugar a la pensión de sobrevivientes, siempre que no se haya liquidado la sociedad conyugal, tal y como lo dispone el inciso final de la norma citada al consagrar que *«si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente»*.

Informa que no discute que el señor Diego Luis Gálvez Parra convivió simultáneamente con la cónyuge y la compañera permanente entre 1998 y 2002, luego singularmente con la última entre el 2002 y el 2005, de lo que deduce que Rosa Nohelia Cardona de Herrera no tuvo con el causante por lo menos una convivencia de manera

singular por 5 años anteriores al deceso del mismo, como lo exige la norma, pues solo acreditó 3 años.

Aduce que el Tribunal al asignarle a la compañera permanente una cuota parte pensional, le dio un alcance equivocado a la norma acusada, dado que este solo es posible bajo el presupuesto de que haya convivido de manera singular hasta la fecha de la muerte del causante, conformando una verdadera familia por lo menos 5 años con anterioridad a la muerte del afiliado, dejando a salvo el derecho de la cónyuge separada que también haya convivido con el *de cujus* 5 años en cualquier tiempo. Para sustentar su tesis citó en extenso la sentencia CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, en la que se estudió si a *«la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, es necesario acreditar la convivencia entre los cónyuges, o si por el contrario, basta que la sociedad conyugal no se haya liquidado, así los esposos se encuentren separados de hecho, para que al cónyuge supérstite le asista el derecho a la pensión de sobrevivientes»* concluyendo que esa misma problemática se había tratado en sentencia CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637 y SL, 29 nov. 2011, rad. 40055, reconociendo el valor del vínculo matrimonial, *«excluyendo el criterio de convivencia de los 5 años anteriores al fallecimiento, cuando quiera que el lazo jurídico se encuentre indeleble»*, pues en esa ocasión se indicó que *«la interpretación de esa norma debía ser amplia, en atención a que el legislador respetó la unión reconociéndole a la (el) esposa (o) el derecho a sustituir, aunque no existiera vida en común»* equilibrando *«la realidad*

de la pareja que durante por lo menos 5 años de convivencia matrimonial conformó un proyecto de vida y coadyuvó con su compañía a que se construyera la pensión, de modo que no era posible dejarla sin amparo».

Concluye que sin duda, si la compañera permanente Rosa Nohelia Cardona de Herrera no convivió de manera singular los últimos 5 años, no tiene derecho a la pensión que reclama y de esa manera al no existir compañera como beneficiaria, el total de la cuota le pertenece a la cónyuge sobreviviente Lucelly Moncada González. Insiste en el *sub lite* que debe aplicarse la misma hipótesis de cuando existe la convivencia simultánea, casos en los cuales como lo dispone el artículo 13 de la ley 797 de 2003, la cónyuge tiene un derecho que prevalece sobre la compañera permanente.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia impugnada por violación directa en la modalidad de infracción directa del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 en relación con el 12 de misma norma; artículos 50, 141 y 142 de la Ley 100 de 1993; artículo 61 del CPTSS y artículos 42, 48 y 53 de la CN.

La demostración del cargo es igual en su argumentación a la sustentación del cargo primero.

VIII. RÉPLICA

Colpensiones presenta una réplica conjunta, empieza por mencionar que el Tribunal no incurrió en la infracción directa de las normas reseñadas denunciada en el segundo cargo, pues al mirar la sentencia impugnada el *ad quem* sí las estudió. Respecto de los demás, indicó que la recurrente pretende desconocer los porcentajes utilizados por el colegiado para dirimir el conflicto, porque en su concepto la compañera no demostró los 5 años de convivencia singular con el causante, lo que resulta equivocado conforme a lo demostrado en el proceso.

IX. CONSIDERACIONES

El Tribunal fundamentó su decisión en que Diego Luis Gálvez Parra para el momento de su fallecimiento 9 de octubre de 2005, era pensionado por invalidez por el ISS, razón por la cual se debía verificar conforme al artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes del afiliado, encontrando del material probatorio que el *de cujus* contrajo matrimonio con la demandante Lucelly Moncada González el 5 de mayo de 1979 y que convivieron juntos hasta el 25 de diciembre de 2002, pero que también sostuvo una convivencia con la señora Rosa Nohelia Cardona de Herrera desde el año 1998 y hasta el día de su muerte, razón por la cual al haber cumplido ambas con una cohabitación superior a los 5 años exigidos por la ley,

dividió la prestación entre ellas en proporción al tiempo convivido con el causante.

La censura radica su inconformidad en que el Tribunal, de un lado incurrió en la infracción directa y, de otra, interpretó erróneamente, la misma norma, es decir, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, porque considera que dado que la convivencia entre la compañera permanente Rosa Nohelia Cardona de Herrera y el causante Diego Luis Gálvez Parra entre 1998 y el 25 de diciembre de 2002 era simultánea con la cónyuge, y en adelante hasta el 9 de octubre de 2005 fue singular, es decir, que ella no convivió los 5 años de manera única con el *de cujus* por lo que el colegiado equivocó el alcance de la disposición en cita al otorgarle a ambas la prestación de forma proporcional.

Así las cosas, corresponde a esta Sala determinar si el Tribunal les dio un alcance equivocado a las normas reseñadas, al considerar que la compañera permanente tenía derecho a la pensión de sobrevivientes de Diego Luis Gálvez Parra de forma proporcional con la cónyuge, a pesar de que no convivió con él de forma singular los cinco años exigidos por la disposición aludida.

Previo a resolver, la Corte pone de presente los siguientes supuestos fácticos no discutidos, que se mantienen incólumes dada la senda directa escogida: *i)* que el señor Diego Luis Gálvez Parra fue pensionado por invalidez mediante Resolución 016190 del 8 de septiembre

de 2005, en cuantía de \$644.329 a partir del 26 de agosto del mismo año; *ii)* que contrajo matrimonio con Lucelly Moncada González el 5 de mayo de 1979, con quien procreó dos hijas, y mantuvo la convivencia hasta el 25 de diciembre de 2002; *iii)* que inició convivencia con Rosa Nohelia Cardona de Herrera en 1998 la que permaneció hasta el deceso del pensionado, el 9 de octubre de 2005; *iv)* que el 24 de noviembre de 2005 se presentó a reclamar la pensión de sobrevivientes la cónyuge en nombre propio y en representación de su hija menor Natacha Gálvez Moncada; *v)* que el 29 de noviembre solicitó la misma prestación la compañera permanente; y *vi)* que mediante Resolución 24501 del 19 de octubre de 2006, se reconoció la prestación en un 100% a la hija menor de edad y negó el derecho a la cónyuge y compañera permanente por no acreditar la convivencia requerida en la ley para acceder a ella.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, preceptúa en lo concerniente al derecho a la pensión de sobrevivientes del cónyuge y/o compañeros (as) permanentes, lo siguiente:

Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente

supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «*además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido*».

Según la disposición reproducida, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de la compañera permanente como de la cónyuge, tal como se expresó en la sentencia CSJ SL4925-

2015.

Por convivencia ha entendido esta Corporación en sentencias CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605, que es aquella *«comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado»*.

Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, la cual, de acuerdo con la norma, puede ser singular y en ese evento la prestación de sobrevivencia le correspondencia en el 100% a la beneficiaria que así lo demuestre, o puede ser simultánea entre el causante, su cónyuge y una o varias compañeras permanentes, o entre el causante y dos o más compañeras permanentes, caso en el que la pensión se dividirá entre ellas en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 permite que en los eventos en los cuales hubo una convivencia simultánea, como en el caso que nos ocupa,

entre la cónyuge y la compañera permanente con el fallecido, la prestación se divide en proporción al tiempo de convivencia, encontrándose ajustada la decisión del Tribunal a la norma reseñada.

Sobre el particular, esta Corporación en sentencia SL13368-2014 reiterada en CSJ SL1399-2018, expuso:

Estima la Sala que la inteligencia que el juez de apelaciones le dio al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, es la que se corresponde con su genuino sentido y alcance, pues si bien la citada disposición legal prevé que en caso de convivencia simultánea entre la cónyuge y una compañera permanente, la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes será la esposa, esta Sala de la Corte ha considerado que a la luz del artículo 42 de la Constitución Política, no es dable hacer distinciones entre los miembros del grupo familiar del pensionado fallecido y no es atendible que entre esposa y compañera permanente se haga diferenciación atendiendo el lazo o vínculo jurídico que las ataba con [el] causante, motivo por el cual desde la vigencia del aludido texto legal (29 de enero de 2003), debe entenderse que la norma las protege por igual, tal como lo adocrinó la Sala en sentencia CSJ SL, 10 Jul (sic) 2012, Rad. 49787.

Así las cosas, cuando existe convivencia simultánea resulta inadmisibile que una de ellas deba verse como parte de la familia del causante y la otra no, o que una tenga un mejor derecho que la otra, ya que en relación con el causante se encontraban en idénticas condiciones en términos de apoyo, ayuda, protección y afecto.

En cuanto a la pregonada aplicación retroactiva de la sentencia C – 1035 de 2008 de la Corte Constitucional, basta con decir que esta Sala de la Corte, en la ya citada sentencia CSJ SL, 10 Jul (sic) 2012, Rad. 49787, adocrinó:

Para la Corte, el hecho de que la Corte Constitucional profiriera la sentencia de constitucionalidad C-1035 el 22 de octubre de 2008 sin hacer uso de la prerrogativa prevista en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 que la habilitaba para disponer que sus efectos podían producirse ex tunc, esto es, con anterioridad a la fecha de su fallo, no impide que en uso de su facultad y función interpretativa, como máximo órgano judicial ordinario que es y, por ende, como autoridad unificadora de la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social, pueda aseverar que, siendo la

citada norma consonante con la Constitución Política en los términos anunciados por la autoridad judicial a quien tal control compete, su verdadera y genuina inteligencia debió corresponder, desde su misma génesis (29 de enero de 2003, Diario Oficial 45.079), con una teleología protectora de la familia, en el entendido de que a ésta, como núcleo fundamental de la sociedad que se corresponde en el Estado Social de Derecho, se debe la atención adecuada a su desarrollo integral, lo cual impone siempre observar principios básicos que la rigen como la equidad, la solidaridad y la universalidad, entre otros muchos.

En tal sentido, no siendo los lazos o vínculos mediante los cuales se constituye la familia factores diferenciadores de las relaciones que a su interior se establecen, y siendo por el contrario la igualdad de derechos y deberes los fundamentos de dichas relaciones (artículo 42 C.P.), emerge incontestable que frente a contingencias o riesgos que la pueden afectar no es dable hacer distinciones entre sus miembros más allá de las que son propias a quienes se encuentran individualmente más expuestas que los demás, ya sea por su edad o por alguna otra condición específica de vulnerabilidad, de donde cabe entender, como así lo asienta en esta oportunidad la Corte, que la pensión de sobrevivientes o, en su lugar, la sustitución pensional cuando fuere del caso, no puede tener por finalidad distinta más que la protección de ese núcleo familiar, cuando quiera que el trabajador o pensionado, que ha sido su sostén económico, fallece.

Y para ello, ante tal infortunio, que sin lugar a equívoco mengua el sostenimiento económico esencial a la familia, al punto que bajo ciertas circunstancias lo puede hasta llegar a eliminar, no es atendible que entre esposo (a) y compañero (a) permanente se haga diferencia para estos efectos atendiendo el lazo o vínculo jurídico que les ataba al causante, por manera que, para la Corte, desde siempre, esto es, desde su vigencia (29 de enero de 2003), la dicha disposición debe entenderse que les protege por igual. Así, existiendo simultaneidad en la convivencia, no puede aceptarse que uno de aquellos deba verse como parte de la familia del causante en tanto que el otro no; o que uno tenga un mejor derecho que el otro, pues, frente a aquél, que es lo que interesa a la teleología proteccionista de la norma, en vida se encontraban en similares condiciones en lo atinente a las expresiones de apoyo, ayuda, protección, afecto, etc.

En los antedichos términos resulta plausible para la Corte que en relación con el artículo 13 de la Ley 797 de 29 de enero de 2003, en [la] forma como modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, particularmente en cuanto a la situación de sobrevivencia descrita en su literal a), inciso tercero, esto es, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes de la muerte del causante entre un cónyuge y un compañero o compañera permanente, los beneficiarios o beneficiarias de la

pensión deban ser ambos en proporción al tiempo de convivencia con aquél (sic).

Es importante el citado criterio jurisprudencial, en tanto que, la inconformidad de la censura radica en que el precepto legal exige como condición que la convivencia con la compañera permanente haya sido singular en los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante, y que la señora Rosa Nohelia Cardona de Herrera demostró que entre el año 1998 y el 25 de diciembre de 2002 fue simultánea y solo a partir de ese momento y hasta el deceso del afiliado el 9 de octubre de 2005 fue singular, es decir únicamente 3 años. Sin embargo, ese requisito no lo consagra esta norma, en tanto que una de las hipótesis que regula es la «*de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente*», situación en la que la pensión será proporcional al tiempo de convivencia con cada una de ella, de lo que surge evidente que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no exige que la convivencia sea singular como lo pretende hacer ver la censura, pues solo basta con acreditar la cohabitación con el *de cujus* no menos de 5 años continuos inmediatamente anteriores a su muerte con la compañera y en cualquier tiempo la cónyuge, y en tales condiciones no existe en este asunto derecho prevalente de la cónyuge sobre la compañera.

En consecuencia, el Tribunal le dio una interpretación y un alcance correcto al artículo 13 de la Ley 797 de 2003,

al considerar que la compañera permanente también tenía derecho a la pensión de sobrevivientes de Diego Luis Gálvez Parra de forma proporcional con la cónyuge al tiempo convivido, porque encontró probado que ella convivió con el causante entre 1998 y hasta su muerte el 9 de octubre de 2005, lo que equivale a un poco más de 6 años, es decir que cumplió con los requisitos allí exigidos.

Por las razones esbozadas los cargos no prosperan.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la recurrente Lucelly Moncada González, y a favor del opositor Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma \$3.750.000, que se incluirán en la liquidación que se practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el 30 de abril de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **LUCELLY MONCADA GONZÁLEZ** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES**, en el que se vinculó como tercero *ad excludendum* a la compañera

permanente **ROSA NOHELIA CARDONA DE HERRERA** y a la hija del causante **NATACHA GÁLVEZ MONCADA**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

ERNESTO FORERO VARGAS