



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

Magistrada Ponente

SL15413-2017

Radicación n.º 56677

Acta 06

Bogotá, D.C, dieciséis (16) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, **DAIRO ANTONIO ESCOBAR CARDONA**, contra la sentencia proferida por la Sala Primera de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, el 17 de agosto de 2010, en el proceso que él instauró contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy, **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

En lo que interesa al recurso de casación, el demandante presentó demanda contra el Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS), con el fin de que se declarara que el actor es beneficiario de la pensión de sobrevivientes de su compañera permanente, María Nelly

Morales Morales, quien falleció el 9 de julio de 2007; que se reconociera el pago de la pensión de sobrevivientes a partir de la fecha del fallecimiento, con los reajustes anuales, mesadas adicionales de junio y diciembre y los intereses de mora previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las mesadas pensionales.

El actor respaldó sus peticiones así: que su compañera permanente, María Nelly Morales Morales, falleció el 9 de julio de 2007; que el ISS le reconoció a la fallecida pensión de vejez mediante Resolución n.º 001082 de 1997; que en su calidad de compañero permanente de la causante presentó ante la demandada solicitud para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; que dicha entidad negó la prestación mediante Resolución n.º 00282 de enero de 2008 argumentando que *«No existió convivencia de manera permanente e ininterrumpida entre el solicitante y la señora María Nelly Morales Morales, ya que como se puede establecer mediante las pruebas testimoniales obtenidas en el transcurso de la investigación, entre ellos no había vínculos familiares ni sentimentales»*, situación contraria pues sostuvo una relación de pareja con la causante por 12 años aproximadamente.

Al dar respuesta a la demanda, el ISS, se opuso a todas las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó la fecha del fallecimiento de la señora María Nelly Morales Morales; aclaró que la causante devengaba una pensión de vejez, que el demandante no cumplió con los requisitos exigidos para acceder a la prestación de conformidad con el artículo 47 de

la Ley 100 de 1993 que en su literal a) determina que es necesario una convivencia de por lo menos 5 años continuos a la fecha del fallecimiento. En su defensa, propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, buena fe, improcedencia de la indexación de las condenas, imposibilidad de condena en costas, prescripción, compensación.

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín mediante sentencia del 16 de diciembre de 2009, condenó a la entidad demandada así:

PRIMERO: Declarar que el ciudadano Dairo Antonio Escobar Cardona, identificado con C.C 98.536.067 en su calidad de beneficiario de su Compañera Permanente fallecida María Nelly Morales Morales (qpd), que se identificaba con C.C. 21.891.946, tiene derecho a que se le reconozca, liquide y pague la sustitución de la pensión que tenía ésta y que fue reconocida por el ISS en resolución No. 001082 de enero 22 de 1997.

SEGUNDO: Declarar que el Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia, está obligado, en obligación de hacer, a reconocer, liquidar y pagar la sustitución pensional retroactiva al demandante en un valor igual al 100% del que fuera reconocido a su compañera permanente, a partir del 9 de julio de 2007, y con los incrementos anuales junto a las mesadas adicionales de junio y diciembre y hacia el futuro en forma vitalicia.

TERCERO: Declarar que el Instituto del Seguro Social Seccional Antioquia, está obligado a cancelar los intereses moratorios del Art. 141 L.100/93 y la indexación de las sumas de dinero de esta sentencia desde que se causan y hasta el momento del pago o solución total de la obligación. Su liquidación debe realizarla mes a mes, en obligación de hacer, Art. 491 y 493 CPC y hasta que solucione o pague la obligación.

II. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín D.C., Sala Doce de Decisión Laboral, mediante providencia de 21 de octubre de 2011, revocó en su integridad la sentencia proferida por el *a quo*.

Para el Tribunal la controversia se centró en establecer si el demandante cumplía con los requisitos legales exigidos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento de la señora María Nelly Morales Morales.

Recordó el *ad quem* que teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento de la causante, 9 de julio de 2007, las normas aplicables son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003. Sostuvo el Tribunal que el elemento central para determinar al beneficiario de la prestación es *«[...] la convivencia real y efectiva con el pensionado(a) fallecido al momento de su muerte y por no menos de cinco(5) años continuos ante ésta, ellos atendiendo al fin de la pensión de sobrevivientes, tal es la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad»*.

El Tribunal encontró probado que el demandante tenía más de 30 años de edad para la fecha del deceso y por lo tanto, debería estudiarse si cumplía con el requisitos de convivencia real y efectiva por el tiempo requerido.

Estudiados los testimonios obrantes en el plenario, concluyó el *ad quem* que:

Así las cosas, para esta Sala de Decisión, no solo resulta cuestionable el valor de la prueba testimonial traída al proceso, para efectos de establecer la convivencia como pareja entre los señores María Nelly Morales Morales y Dairo Antonio Escobar Cardona hasta el momento de la muerte de aquella, quien fallecería ostentando la calidad de pensionada, sino que llama mucho la atención la contradicción entre la declaración del actor y la de sus testigos, en la medida en que mientras aquel señala que no se daban a conocer ante la sociedad y ante los familiares como pareja, sus testigos declaran que entre ellos existían declaraciones de afecto frente a terceros [...]

Frente a lo anterior, recordó que la convivencia va más allá de vivir bajo un mismo techo, y que resulta necesaria la existencia de lazos afectivos y el ánimo de brindar apoyo y colaboración mutua entre la pareja. Así, frente a las pruebas allegadas al proceso y analizadas dentro de la libre formación del convencimiento dedujo la Sala:

[...] que no existe duda de la convivencia existente entre el accionante y la causante no era la de marido y mujer, con responsabilidad, permanencia, ayuda mutua y con voluntad de constituir una unidad familiar, compartiendo, además del techo y la mesa, el lecho [...]

Y es que no podría entenderse de forma diferente, muy a pesar de la declaración rendida por la causante pensionada unos meses antes de su fallecimiento, en la medida en que entre el actor y la causante se daba una diferencia de edad de 20 años, aproximadamente, generando así no solo una diferencia generacional notoria, sino una falta de intereses comunes, siendo difícil imaginar que la señora Morales Morales hubiese acogido a un adolescente con el ánimo de constituir pareja y de consolidar una relación sentimental con él, puesto que se da cuenta de una cohabitación de casi 20 años, y para la fecha que inició la convivencia, el actor no tendría más de 12 años de edad, por tanto carecen de asiento lógico las afirmaciones del demandante y sus testigos.

En concordancia con lo antes resuelto, revocó la sentencia de primera instancia, pues el demandante no acreditó la calidad de beneficiario en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

III. RECURSO DE CASACIÓN

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

IV. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretendo la casación TOTAL de la sentencia impugnada, para que una vez constituida la Corte en Tribunal de instancia, CONFIRME la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Laboral de Medellín. Deberá preverse sobre costas.

Para lo anterior, presentó cuatro cargos los cuales fueron replicados por la parte demandada.

Se estudian conjuntamente los cargos primero, tercero y cuarto debido a que es posible identificar un reproche jurídico concreto y técnicamente estructurado en contra de la decisión del Tribunal, por haber malentendido las reglas derivadas del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para definir el requisito de convivencia de la pensión de sobrevivientes, que fue lo que, en esencia, se discutió en el curso del proceso.

Dada la decisión que se tomará respecto de éstos, la Sala se releva de estudiar el segundo cargo.

V. PRIMER CARGO

Acuso la sentencia impugnada de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; en relación con los artículos 46 y 48 de la misma norma; artículos 11, 12, 13, 25, 50, 141, 142 ibídem; artículos 18 al 21 del C.S.T.; Artículos 40, 42, 48 y 53 de la Constitución Nacional; artículos 60 y 61 del CPTSS.

DEMOSTRACIÓN DE CARGO

Adujo la censura que la controversia del caso, se presentó dado que, el *ad quem* le dio un sentido errado al concepto de «*convivencia*» para efectos de conceder la pensión de sobrevivientes al actor.

Advirtió el recurrente que la interpretación realizada por el Tribunal sobre la convivencia «*[...] lleva al extremo de aceptar que esa figura sólo existe cuando la cohabitación se realiza con ánimo de pareja*». Así mismo, alegó que puede existir la convivencia real y efectiva «*[...] sin que sea necesario el encuentro sexual o lecho compartido para que se materialice el ideal de acompañamiento espiritual, solidario y la comunidad de vida*».

Por lo anterior se planteó el cuestionamiento de cuál es el núcleo esencial que debe tener la convivencia para que cumpla con el requisito del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. En este sentido, indicó que «*[...] ese núcleo esencial debe*

buscarse en la seriedad del compromiso establecido y aceptado por dos personas en cuanto a la comunidad y proyecto de vida y no en la frialdad que le dio el ad quem al reducir la convivencia a la necesidad de compartir el lecho».

Señaló que la convivencia exigida en la ley hace referencia a una comunidad de vida, y a la idea de dos personas viviendo juntas bajo los parámetros del acompañamiento físico y espiritual, y la ayuda económica. Recordó que no hace falta la «[...] copulación o la actividad sexual o las muestras de cariño» para que se constituya la convivencia real y efectiva. Para sustentar lo anterior, citó las sentencias CSJ SL, 2 de febrero de 2010, radicado 34323 y CSJ SL, 27 de abril de 2010, radicado 38113.

En concordancia con lo anterior, aseveró que el Tribunal modificó el alcance verdadero de la exigencia legal sobre la convivencia pues lo redujo a que la pareja debía compartir el lecho desconociendo la importancia del compromiso y el acompañamiento espiritual y afectivo como núcleo esencial de una verdadera convivencia real y efectiva.

VI. RÉPLICA

Adujo el opositor que el cargo presentó insuperables errores de técnica. Señaló que el recurrente en su proposición jurídica ataca normas de carácter procesal, sin embargo, en el desarrollo del cargo no especificó «[...] tal y como debió hacerlo en virtud de la violación de medio, cuál es

la relación entre esas normativas procesales y la violación por parte del ad quem en la norma sustancial».

En este sentido, advirtió que solamente es objeto de examen en el recurso de casación la acusación de normas procesales cuando su violación ha constituido el medio por el cual se quebrante una norma laboral sustantiva.

Por otro lado, señaló que a pesar de que la censura presentó el cargo por la vía directa, en la demostración hizo alusión a características propias de la vía indirecta, incurriendo así en otro error técnico, debido a que, ambas vías resultan independientes y excluyentes.

En cuanto al desarrollo del cargo, aseveró que el censor *«[...] se limitó a enunciar las equivocaciones que en su sentir había ejecutado el fallador de segundo grado, pero omitió explicar tal y como le correspondía, concretamente en que consistieron las mismas y además de ello como era el adecuado proceder del Tribunal».*

Con respecto a los aspectos de fondo, adujo el opositor que la actuación del *ad quem* fue acertada en la medida en que el actor no cumplió con el requisito de la convivencia establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2005. En este contexto señaló que de la investigación realizada por el ISS se vislumbra que entre el demandante y la fallecida no existió una relación sentimental, puesto que los testigos indicaron que la causante *«[...] acogió al accionante como un hijo desde muy joven».*

Así mismo, sobre la contradicción entre el interrogatorio de parte rendido por el actor y las pruebas testimoniales, señalada por el *ad quem* advirtió que no erró ésta al llegar a esta conclusión, puesto que, dicha contradicción resulta evidente.

Concluyó sosteniendo que no obró prueba en el proceso que evidenciara contundentemente la relación de pareja entre María Nelly Morales y Dairo Antonio Escobar Cardona.

VII. SEGUNDO CARGO

Acuso la sentencia impugnada de violar por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; en relación con los artículos 46 y 48 de la Ley 100 de 1993; artículos 11, 12, 13, 25, 50, 141, 142 ibídem; artículos 18 al 21 del C.S.T.; Artículos 40, 42, 48 y 53 de la Constitución Nacional; artículos 60 y 61 del CPTSS.

La violación se produjo al haber cometido el Tribunal los siguientes errores ostensibles de hecho:

- 1. No dar por demostrado estándolo que el demandante convivió con la señora MARIA NELLY MORALES MORALES por más de 5 años y hasta la fecha de su muerte.*
- 2. Dar por demostrado sin estarlo que la convivencia entre el demandante y la fallecida MORALES MORALES “no era la de marido y mujer”.*
- 3. Dar por demostrado sin estarlo que el demandante no compartía lecho con la fallecida MORALES MORALES.*
- 4. Dar por demostrado sin estarlo que el demandante y la fallecida MORALES MORALES no tenían “ánimo de pareja”.*
- 5. Dar por demostrado sin estarlo que entre el demandante y la causante existió una relación sentimental de “casi 20 años”.*
- 6. Dar por demostrado que la diferencia de edades impedía la relación afectiva entre el demandante y la causante.*

Los errores se produjeron por la indebida apreciación de los siguientes medios de prueba:

- El escrito de la demanda (folios 1 al 7)*

- *La Resolución 002820 mediante la cual es ISS negó el derecho (folios 8 y 9)*
- *Memorando de Enero 22 de 2008 que contiene la conclusión y resumen de la investigación administrativa realizada por el ISS (folios 14 al 16)*
- *Escritura No. 1055 de Mayo 11 de 2007 (folios 21 y vuelto)*
- *Folio del Libro de Registro y Varios de la Registradora Nacional del Estado Civil (folio 22)*
- *Acta de audiencia del interrogatorio de parte del demandante (folio 37).*
- *Declaración de Liliana María Muñoz Tobón (folios 37 y vuelto).*
- *Declaración de Jorge Enrique Arango Escobar (folio 37 vuelto y 38).*

DESARROLLO DEL CARGO

En primer lugar, sostuvo el recurrente que el Tribunal apreció erróneamente los elementos probatorios para concluir que la convivencia entre el demandante y la causante tuvo una vigencia de 20 años, y no de 12 como se encontró debidamente probado. Alegó que de haber el *ad quem* interpretado correctamente las pruebas no hubiera concluido equivocadamente que la relación inició cuando el actor tenía 12 años de edad y que por ende, resultaba imposible que «[...] la señora Morales Morales hubiese acogido a un adolescente con el ánimo de construir pareja y de consolidar una relación sentimental con él».

Afirmó la censura que de haber apreciado correctamente las pruebas, el Tribunal no hubiera llegado a la conclusión de que el vínculo entre el actor y la fallecida era maternal «[...] pues no hay duda de la convivencia desde el año 1997, fecha en la cual es actor ya contaba con 24 años de edad».

En segundo lugar, señaló que la Resolución n.º 002820 mediante la cual el ISS le niega la prestación al actor, fue indebidamente apreciada por el *ad quem*, en la medida en que, en ella se evidenció que existió convivencia entre el demandante y la fallecida. El documento acreditó la existencia de convivencia de techo y mesa, lo cual, a su juicio debió ser suficiente para encontrar acreditado el requisito de los 5 años de convivencia para conceder la pensión de sobrevivientes solicitada.

Así mismo, aseveró que las pruebas contenidas en la investigación administrativa realizada por el ISS, lograron demostrar varios puntos importantes que prueban la convivencia tales como: que la fallecida y el actor vivieron juntos; que visitaron a distintos médicos juntos; que protocolizaron notarialmente su calidad de compañeros permanentes; y por último, que las honras fúnebres de la causante fueron realizadas por el actor.

Por otro lado, advirtió el recurrente que la escritura pública y el certificado de inscripción en el libro de registro y varios de la Registradora Nacional del Estado Civil, indicaron la voluntad de la fallecida y el demandante de formalizar su vínculo sentimental en los términos ley, y por lo tanto, estos documentos probaron la existencia de una convivencia real y efectiva.

Con respecto a las apreciaciones realizadas por el Tribunal sobre el interrogatorio de parte rendido, sostuvo:

En el interrogatorio de parte que rindió el actor nunca dijo que no tuviera relación de pareja con la fallecida señora MORALES MORALES y menos que no se dieran a conocer así, como equivocadamente afirmó el Tribunal; en la respuesta a la pregunta 8 sobre si los vecinos, familiares y amigos lo reconocían como pareja respondió “la verdad no si nos reconocerían como pareja pero si manteníamos juntos” luego reitera que no sabe si los verían como pareja pero “sabían que contábamos uno con el otro, pero siempre nos veían juntos en toda parte”; cuando se le preguntó por qué algunas personas afirmaron ante el ISS que no eran pareja respondió: nosotros ante la sociedad no nos mostrábamos como pareja, nos veíamos común y corriente, ... en la calle no se la gente que pensaría”.

Como se observa, no es cierto que el actor haya dicho que no eran pareja, sino que su comportamiento era normal sin que se enterara lo que decía la gente pero siendo muy reiterativo en que siempre lo veían con la fallecida.

De haber apreciado correctamente la declaración del demandante el Tribunal no hubiera encontrado contradicción alguna con lo dicho por los otros testigos dentro del proceso accediendo a lo pedido en la demanda.

Finalmente, en cuanto a los testigos, señaló que éstos alegaron que les constaba la relación afectiva y la convivencia que tuvieron el demandante y la causante durante los último 7 años anteriores al deceso. Por lo anterior, si el *ad quem* hubiese valorado correctamente las pruebas testimoniales, no habría encontrado las contradicciones que alegó en su providencia.

VIII. RÉPLICA

Advirtió el ISS que el cargo enunciado cuenta con múltiples errores de técnica, los cuales hacen que éste no tenga vocación de prosperidad. Señaló que uno de los errores consiste en que en la proposición jurídica hizo referencia a normas de carácter procesal tales como el artículo 60 y 61 del CSTSS, no obstante, en el desarrollo del cargo no

argumenta cual es la relación entre esas normas procesales y la violación del Tribunal de normas de carácter sustancial.

Por último, sostuvo que el recurrente apoyó el cargo en pruebas testimoniales las cuales no son consideradas como calificadas, incurriendo así en otro error técnico. En este sentido, alegó que la convivencia de al menos 5 años anteriores a la muerte de la fallecido, no logró ser probada por el actor mediante pruebas competentes, y por lo tanto, la prueba testimonial no puede ser traída a colación en esta instancia.

IX. TERCER CARGO

Acuso la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial por vía directa, en la modalidad de interpretación errónea del artículo 174, 177 y 229 del CPC, en relación con los artículos 60 y 61 del CPTSS, violación medio que condujo a la interpretación errónea del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; en relación con los artículos 46 y 48 de la misma norma; artículos 11, 12, 13, 25, 50, 141, 142 ibídem; artículos 18 al 21 del C.S.T.; artículos 40, 42, 48 y 43 de la Constitución Nacional.

DEMOSTRACIÓN DEL CARGO

Adujo el recurrente que la violación del Tribunal consistió en haber valorado como medio probatorio las declaraciones recibidas por el ISS dentro de la investigación administrativa realizada. Lo anterior, en razón a que, existió una violación a las normas procesales «[...] porque sencillamente en el expediente no reposan las declaraciones de esas personas; únicamente está la mención que de ellas hace el investigador del ISS».

En este sentido, recordó el contenido de los artículos 174 y 177 del CPC y 60 y 61 del CPTSS para establecer que el *ad quem* se apoyó en una «*prueba inexistente*» que lo condujo a la aplicación indebida del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

X. RÉPLICA

Alegó el opositor que si bien el recurrente orientó el cargo por la vía directa, en su demostración aludió a aspectos propios de la vía indirecta, y por ende, hizo uso de las dos vías en un mismo cargo, incurriendo en un insuperable error de técnica. En cuanto a lo anterior advirtió:

Situación esta improcedente en la medida en que estas son completamente independientes, autónomas y excluyentes entre sí, por lo que no puede ser aludidas al mismo tiempo en un cargo.

De manera que se hace evidente el error cometido por el accionante, al mezclar el sendero de puro derecho con el de los hechos.

Por otro lado, aseveró que el censor incurrió en otra equivocación, consistente en que anunció en la proposición jurídica que el Tribunal interpretó erróneamente unas normas y dejó de aplicar otras, pero posteriormente «*[...] en la demostración de los mismos no aludió de manera alguna a este punto*».

XI. CUARTO CARGO

Acuso la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial por vía directa, en la modalidad de infracción directa del artículo 174, 177 y 229 del CPC, en relación con los artículos 60 y 61 del CPTSS, violación medio que condujo a la interpretación errónea del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; en relación con los artículos 46 y 48 de la misma norma; artículos 11, 12, 13, 25, 50, 141, 142 ibídem; artículos 18 al 21 del C.S.T.; Artículos 40, 42, 48 y 53 de la Constitución Nacional.

DEMOSTRACIÓN DEL CARGO

La censura recurrió a los mismos argumentos esbozados en el tercer cargo.

XII. RÉPLICA

Indicó el opositor que los argumentos utilizados en la réplica del tercer cargo sirven de sustento a ésta, omitiendo su transcripción por razones de economía.

XIII. CONSIDERACIONES

No acierta el opositor al afirmar que si bien el ataque está orientado por el sendero de puro derecho, «[...] en la demostración del mismo el libelista hizo alusión a aspectos propios de la vía indirecta», por cuanto lo que está cuestionando el recurrente es la interpretación que hace el Tribunal del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 frente al requisito de la convivencia, no porque se estudien los hechos sino la conclusión jurídica de los mismos.

Superado lo anterior, el problema jurídico que se plantea a la Corte para su estudio consiste en establecer si erró el Tribunal al determinar que entre el actor y la señora María Nelly Morales Morales no existió convivencia en los términos que demanda el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

El argumento central en la providencia del *ad quem* fue el siguiente:

[...] no existe duda de la convivencia existente entre el accionante y la causante no era la de marido y mujer, con responsabilidad, permanencia, ayuda mutua y con la voluntad de constituir una unidad familiar, compartiendo, además del techo y la mesa, el lecho [...].

Así las cosas, para el juez de alzada quedó demostrada la convivencia entre el demandante y la señora Morales Morales con presencia únicamente de los elementos «*techo y mesa*». Y al faltar el lecho, en su sentir, dicha convivencia daba cuenta de la existencia de una relación de compañeros de habitación o coinquilinos y no de una verdadera pareja.

Conviene recordar la posición de la Sala frente a la interpretación correcta que debe dársele al requisito de la convivencia. En ese sentido, la sentencia CSJ SL4099-2017 señaló:

[...] debe acreditarse el requisito de la convivencia, entendida como la que, [...] se puede predicar de quienes además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante al auxilio mutuo –elemento esencial del matrimonio según el artículo 13 del CC-, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por

limitación de medios, ora por oportunidades laborales [...].

Como consecuencia de lo anterior, es evidente el grave error que cometió el Tribunal al reconocer que entre el accionante y la causante existía «[...] *una relación de apoyo y ayuda mutua, pero sin el ánimo de pareja, sino con el ánimo de socorro*», condicionando la convivencia real y efectiva a la demostración del *lecho* en la pareja, elemento que ha sido superado por esta Sala como se puede observar en la sentencia CSJ SL, 13 de junio de 2012, radicado 41464, donde la entidad administradora de pensiones también negó la prestación por ausencia de lecho en la pareja, señalando que:

[...] la decisión de no compartir la misma cama de una pareja, pertenece a su esfera privada, y no merece ser ventilada en un escenario que desborde ese marco, a riesgo de comprometer derechos fundamentales de los involucrados. [...] Como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral, a quien también compete la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, esta Sala de la Corte llama la atención para que no se repitan sucesos como los que quedaron registrados.

Sobre el particular, toda la razón acompañó al censor, al exponer que:

[...] es una realidad pacífica que son muchos los hogares donde el hombre y la mujer no tienen relaciones sexuales o duermen en camas separadas pero manteniendo la ayuda y socorro mutuo, extendiendo los sentimientos y la relación afectiva a otros campos sin que sea necesario el encuentro sexual o lecho compartido para que se materialice el ideal de acompañamiento espiritual, solidario y la comunidad de vida.

No pasa inadvertido para la sala que el Tribunal parte de unas reglas de las experiencias personales para sustentar

que entre el accionante y la causante no existía una relación de pareja afirmando que *«[...] en la medida en que entre el actor y la causante se daba una diferencia de edad de 20 años, aproximadamente, generando así no solo una diferencia generacional notoria, sino una falta de intereses comunes»*.

No resiste ninguna crítica el argumento del juez de alzada que deniega las pretensiones por el hecho de la diferencia de edad que tenía la pensionada con el actor, señalando incluso que éstos no eran pareja y que por tanto no se configuraba el requisito de la convivencia. Su decisión no presenta un soporte teórico, asemejándose más a un prejuicio personal del Tribunal, cuyas conclusiones no pueden tener validez en el mundo jurídico de un Estado Social de Derecho.

Estas afirmaciones del *ad quem* no pasan de ser meras conjeturas o juicios de valor inaceptables para la Sala, en tanto, suponen una intromisión del juzgador en la esfera íntima de las personas y desoye todo el esfuerzo institucional por la igualdad de género.

Dicha igualdad supone una nueva lectura de las identidades de lo femenino y lo masculino socialmente construidas. Lo anterior implica, entre varias consecuencias, la ruptura de aquellas asociaciones que vinculan el cuidado y las emociones con las mujeres, y de la fuerza, la templanza y el rol productivo con los hombres. En el caso que nos ocupa estas valoraciones y asociaciones tradicionalmente construidas sirvieron para que el juzgador desconfiara de la

existencia de una relación afectiva por no corresponderse con los roles tradicionales de los géneros en una sociedad como la colombiana.

El desafío institucional del Estado, y en especial de los jueces y el derecho, debe apoyar la transformación cultural, abrir el debate y colaborar en la reinterpretación y comprensión de la diversidad de conductas y comportamientos en las relaciones humanas y especialmente las afectivas.

En la nueva comprensión de las conductas es perfectamente entendible que sea el hombre quien se encargue de los deberes de acompañamiento y cuidado sin que se demerite su posición de pareja. Teóricamente este cambio de paradigma se analiza dentro de los estudios de género como «*las nuevas masculinidades*» que resaltan las formas diferentes y subversivas de ser hombres, que están castigadas socialmente por ser femeninas o poco masculinas: hombres en tareas de cuidado, hombres no violentos, hombres sin sexualidad depredadora.

Vale la pena citar *in extenso* la nueva perspectiva de género de los investigadores Javier Pineda y Andrés Hernández, que desde su masculinidad reclaman:

[...] en la vida personal y cotidiana los hombres tenemos hoy varias opciones, siendo la menos probable la reproducción de la familia patriarcal como la conocimos de nuestros abuelos y padres. Para los hombres la opción más viable es renegociar el contrato de familia hacia relaciones más equitativas y democráticas. [...] muchos, desde distintos fundamentalismos proponen la

preservación del modelo familiar tradicional sobre una división del trabajo y unas relaciones asimétricas de poder que ya no son posibles con el deterioro del salario, el desempleo masculino y las mujeres en esfera pública” (Pineda, Javier, Hernández, Andrés, Retos de la equidad para los hombres. Nómadas (Col) 2006, Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=105116598014>> IS SN 0121-7550 falta fecha de consulta).

Habría que preguntarse si con apreciaciones como las de Tribunal no se estaría castigando estos roles diferentes, derivando una violencia simbólica que impide contextos sociales más equitativos.

Así las cosas, es perfectamente posible la construcción de parejas donde los roles masculinos y femeninos no son los tradicionales, así como las edades de quienes las componen, sin que por ese hecho se rompa la comunidad de cuidado, comprensión, construcción de vida familiar entre los miembros que las componen.

En consideración a todo lo expuesto, le asiste razón a la censura y los cargos prosperan, resultando inane el estudio del segundo cargo.

Sin costas en el recurso de casación debido a la prosperidad del cargo.

XIV. SENTENCIA DE INSTANCIA

En la presente litis, no se discute lo siguiente: (i) que el ISS le reconoció pensión de vejez a la señora María Nelly Morales Morales mediante Resolución n.º 001082 del 22 de

enero de 1997; (ii) que el accionante y la causante protocolizaron mediante escritura pública n.º 1055 de mayo 11 de 2007 su unión marital de hecho en la que declararon convivir juntos en los últimos 12 años; (iii) que la causante falleció el 9 de julio de 2007; (iv) que mediante resolución 00282 de 2008 el ISS negó la pensión de sobrevivientes al actor, por no acreditarse la condición de beneficiario de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

En razón a que el hecho generador ocurrió el 9 de julio de 2007, la norma que gobierna la pensión de sobrevivientes en el *sub examine* es la contenida en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003. Para acceder a la prestación esta norma prescribe:

[...] 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 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.

Descendiendo al caso bajo estudio, se encuentra acreditado que el demandante a la fecha de la presentación de la demanda contaba con más de 30 años de edad (folios 17 y 18). En lo que respecta al requisito de la convivencia con la pensionada fallecida, pasa a analizarse las pruebas documentales y testimoniales que obran en el plenario.

Reposa en el expediente copia de la escritura pública n.º 1055 de mayo 11 de 2007 (folios 20 y 21); así como el folio del libro de registro de la Registraduría Nacional del Estado Civil (folio 22) que contiene declaración que da cuenta de la convivencia de los señores Dairo Escobar Cardona y María Nelly Morales Morales por 12 años.

La Resolución n.º 002820 mediante la cual el ISS negó el derecho al actor (folios 8 y 9); y el memorando de enero 22 de 2008 que contiene la conclusión y resumen de la investigación administrativa realizada por el ISS (folios 14 a 16). La negativa de la Entidad se sustentó principalmente en los testimonios de las señoras Amparo Gómez Restrepo y Libia Esther Rengifo Torres quienes manifestaron conocer a la causante durante 36 años y 6 años, respectivamente indicando que nunca tuvo pareja y que conocían al señor Dairo Escobar debido a que vivió en la casa de la señora Morales Morales cerca de 20 años. Además que *«[...] ella lo quería como un hijo procurándole todo lo que necesitaba. El la acompañó hasta que ella murió.»*

En el proceso se recepcionaron los testimonios de Liliana María Tobón Muñoz quien fungía como planchadora en el domicilio donde vivían el demandante y la causante y Jorge Enrique Arango Escobar amigo de ambos. Coincidieron los testigos en afirmar que los señores Escobar Cardona y Morales Morales convivían y se mostraban como pareja, y que el actor acompañó a la causante durante toda su enfermedad.

Frente al interrogatorio de parte, el señor Dairo Escobar Cardona cuando fue inquirido sobre el tipo de convivencia que tenía con la causante respondió: *«[...] una relación de pareja común y corriente, es decir, compartíamos ambos los gastos y nos hacíamos a cargo de la casa juntos»*. Cuando se le preguntó por qué algunas personas declararon en la investigación administrativa que hizo el ISS que entre él y la causante no había relación de pareja, sino que ella lo acogió como un hijo, respondió: *«[...] nosotros ante la sociedad no nos mostrábamos como pareja, nos veíamos común y corriente pero no le dábamos a entender a la gente que yo era su pareja»*.

Sostuvo el ISS en su recurso, que los dos testimonios descritos *«[...] se caen en su credibilidad por la calidad amañada y subjetiva de sus testigos»*, dándole mayor valor a las declaraciones recogidas en su investigación administrativa, en las que entrevistó a dos personas del sector, cuyos testimonios fundaron la negativa a reconocer pensión al actor.

Paradójicamente el ISS en su ponderación le da mayor valor al saber de personas ajenas a la dinámica familiar, que a quienes se encontraban cerca del fuero íntimo de la vida de éstas dos personas, restándole con ello credibilidad al testimonio de quien ejercía la labor de planchar dentro del domicilio, y del amigo en común de la pareja que manifestó visitarlos *«cada semana»*.

Aceptar que el demandante y la causante no eran pareja porque los residentes del sector no los reconocían como tal, sería agregarle un nuevo requisito al reconocimiento de la prestación pretendida, desconociendo que cada pareja construye sus propios equilibrios, o sus reglas si se quiere, siendo perfectamente válido que los compañeros decidan mantener bajo reserva la convivencia marital *«[...] lo que “hace parte del derecho a la intimidad personal y familiar, como también del libre desarrollo de la personalidad, garantías de rango fundamental consagradas en los artículos 15 y 16 de la Constitución Política”* (CSJ SC, 20 abril. 2015, rad. 7300131100042008-00084-02).

Los medios de prueba anteriores, permiten establecer que se acreditó, suficientemente, la unión marital de hecho conformada por Dairo Escobar Cardona y María Nelly Morales Morales, quienes más allá de la diferencia de edad, que la ley no contempla como obstáculo para la idoneidad de la pareja, indudablemente trazaron, de mutuo acuerdo, un proyecto de vida particular y permanente, en el que cada uno se complementaba: él aportando económicamente con su trabajo al sustento económico de la casa, ella haciendo lo propio con los ingresos provenientes de su pensión, los dos brindándose apoyo afectivo, él socorriéndola en su enfermedad, al tiempo que cumplía sus objetivos profesionales.

La prueba documental, además, ratifica lo expresado en los aludidos testimonios, ya que en esta el actor y la causante realizaron una declaración juramentada de convivencia

permanente y continua bajo el mismo techo, por 12 años, que es lo mismo que ponen de presente los declarantes.

Respecto de la investigación administrativa realizada por el ISS y aportada al plenario, se probó en dicha actuación la convivencia entre el actor y la fallecida; la concurrencia juntos a controles médicos; la protocolización en notaria de su unión marital de hecho y que las honras fúnebres de la señora Morales Morales fueron realizadas por el actor.

Así, se concluye que la unión marital, pese a la dificultad levantada por los usos y convenciones sociales, se probó debidamente, mucho más cuando los requisitos de publicidad o lecho no son, como se definió, una exigencia impuesta por el ordenamiento jurídico vigente en Colombia.

Por todo lo discutido, la sentencia del juzgado será confirmada.

I. 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 veintiuno (21) de octubre de dos mil once (2011) por la Sala Doce Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DAIRO ANTONIO ESCOBAR CARDONA** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el dieciséis (16) de diciembre de dos mil nueve (2009) por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA
(Salvamento de voto)

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ