



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicado: 250002342000201302719 01
Nº Interno: 2535-2014
Demandantes: DUILIA NÚÑEZ DE BOTÍA Y BLANCA LIGIA PEÑA
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho - Ley 1437 de 2011
Tema: Pensión de Sobrevivientes - Cónyuge Supérstite - Compañera Permanente

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por la entidad demandada y la actora Duilia Núñez de Botía (en calidad de cónyuge supérstite), contra la sentencia del 21 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en procesos acumulados donde se condenó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, a reconocer y pagar a favor de la demandante Blanca Ligia Peña (compañera permanente del señor Alfonso Botía Romero), el 100% de la sustitución de la pensión de jubilación que en vida devengaba el causante.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demandas

La señora Duilia Núñez de Botía por conducto de apoderada, en ejercicio de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, demandó a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en Liquidación, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:



“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la ***Resolución No. PAP 057605 del 16 de junio de 2011,*** mediante la cual se niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la señora DUILIA NUÑEZ DE BOTIA.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la ***Resolución UGM 031536 del 6 de febrero de 2012,*** mediante la cual se confirma la Resolución No. PAP 057605 del 16 de junio de 2011.

TERCERA: Se declare que mi mandante a título de restablecimiento del derecho, tiene derecho a que la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E. – EN LIQUIDACIÓN y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, le reconozca y pague la pensión de vejez como cónyuge supérstite del señor ALFONSO BOTIA ROMERO.

CUARTA: Que se condene a la parte demanda al cumplimiento del fallo, que como resultado se profiera en el proceso, de conformidad con los artículos 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTA: Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

SEXTO: Que las sumas de dinero que se condene a pagar al ente demandado, devengarán intereses moratorios a la tasa fijada por la Superintendencia Bancaria, desde la fecha en que quede en firme la providencia respectiva.”¹

Mediante providencia dictada en audiencia inicial del 18 de noviembre de 2013, la Sección Segunda, Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ordenó:

“1º. DECRETAR la acumulación del proceso Nro. 12- 00152, actora: BLANCA LIGIA PEÑA al proceso Nro. 13-02719 donde es demandante la señora DUILIA NUÑEZ DE BOTIA.”²

Las pretensiones incoadas por la demandante Blanca Ligia Peña en el proceso acumulado que inicialmente fue repartido al Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, son las siguientes:

“PRIMERA: Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social declarar la nulidad de las resoluciones

¹ Folios 23 y 24.

² Folio 165.



Número interno: 2535-2014

Demandantes: Duilia Núñez de Botía y Blanca Ligia Peña

PAP 57605 del 16 de junio de 2011 y UGM 031536 del 06 de febrero 2012 respectivamente, para que en su lugar se reconozca una pensión mensual de sobrevivientes a favor de Blanca Ligia Peña con ocasión del fallecimiento de Alfonso Botía Romero en calidad de compañera permanente.

SEGUNDA: Se condene y ordene a la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E en liquidación a indexar los valores que aquí se reclaman, desde que se hizo exigible su pago.

TERCERA: Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A. y demás disposiciones concordantes.

*CUARTA: Condenar en costas a la parte demandada.*³

1.1.1. Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de las demandas, en síntesis son los siguientes:

El 17 de junio de 1965, contrajeron matrimonio los señores Duilia Núñez y Alfonso Botía Romero; de dicha unión se procrearon 6 hijos, convivieron por más de 15 años, hasta que él decidió abandonar su hogar, incumpliendo las obligaciones contraídas con su cónyuge, pero sin disolver ni liquidar la sociedad conyugal.

Posteriormente, el señor Botía Romero y la señora Blanca Ligia Peña convivieron como pareja desde el 10 de enero de 1977 hasta el 23 de enero de 2011, día del fallecimiento del señor Botía Romero, y procrearon a Ligia Johana Botía Peña.

El causante fue pensionado por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en Liquidación mediante Resolución 01183 del 31 de enero de 2007, efectiva a partir del 26 de noviembre de 2004.

La señora Duilia Núñez de Botía, en su condición de esposa del señor Alfonso Botía Romero y Blanca Ligia Peña como compañera permanente, solicitaron a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en Liquidación, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, las cuales mediante

³ Folio 184.



Resolución No. PAP057605, fueron negadas argumentando la controversia que había suscitado por la reclamación del derecho, decisión confirmada mediante Resolución No. UMG031536 del 6 de febrero de 2012.

1.1.2. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda radicada por la señora Duilía Núñez de Botía, se invoca como norma violada la Constitución Política en su artículo 2º, por desconocérsele el derecho a la pensión de sobrevivientes pese a encontrarse plenamente consagrado en las normas constitucionales y legales; en su artículo 6º, porque la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en Liquidación bajo una errónea interpretación del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, negó la pensión solicitada aunque se cumple con los requisitos establecidos para recibir un porcentaje de la misma.

Para la apoderada judicial de la señora Blanca Ligia Peña, con los actos administrativos que se cuestionan, se quebrantaron los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 25, 53, 83, 122, 123, 124 y 125 de la Constitución Política; 1º de la Ley 12 de 1975; 13 de la Ley 797 de 2003; 1º de la Ley 44 de 1977. Adjudica el concepto de violación al hecho de infringirse las normas en que debían fundarse tales actos, debiéndose declarar su nulidad y reconocer el derecho solicitado por su poderdante.

1.2. Contestación de la demanda

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP se opuso a las declaraciones y condenas planteadas por Duilía Núñez de Botía, en razón a la falta de fundamento jurídico y por ser contrarias a la ley por las evidentes contradicciones y las situaciones fácticas que desvirtúan la supuesta convivencia y dependencia alegadas.

Formuló las excepciones de ***"INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD"***, ***"INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES"***, ***"LA ACTORA NO CUMPLE CON***



Número interno: 2535-2014
Demandantes: Duilía Núñez de Botía y Blanca Ligia Peña

LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LA NORMA PARA ACCEDER A LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL” y “PRESCRIPCIÓN”⁴.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante sentencia del 21 de marzo de 2014 declaró la nulidad de los actos administrativos demandados; a título de restablecimiento del derecho condeno a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP a reconocer y pagar a favor de la señora Blanca Ligia Peña en su calidad de compañera permanente del señor Alfonso Botía Romero, a partir del 23 de enero de 2011, el 100% de la sustitución de la pensión de jubilación que en vida devengaba el causante; y negó las demás pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión expuso los siguientes argumentos:

De lo probado en el proceso, resultó evidente que el señor Alfonso Botía Romero contrajo matrimonio con la señora Duilía Núñez de Botía, con quien procreó seis hijos y convivió durante un lapso de 25 años, posteriormente, desde el mes de agosto de 1984, abandonó ese hogar para sostener una relación marital de hecho con la señora Blanca Ligia Peña, con quien tuvo una hija. Esta convivencia perduró por un tiempo aproximado de 30 años, hasta la fecha de su muerte. Adicionalmente, consideró que la señora Núñez de Botía, luego de haber sido abandonada por el causante, sostuvo una relación marital con el señor Luis Ahumada y tuvo una hija.

Concluye, que la pensión reconocida en vida al señor Botía Romero, deberá ser concedida a la señora Blanca Ligia Peña, quien demostró haber convivido con el causante durante los últimos 30 años de vida, como una auténtica familia con dependencia económica de la señora Peña y su hija respecto del causante, además es palpable la relación sentimental que mantuvo la señora Duilía Núñez de Botía por espacio de 15 años, luego de ser abandonada por su esposo y dentro

⁴ Folios 60 al 63.



de la cual procreó una hija conformando otro hogar distinto, hecho que conlleva a concluir que no había ese auxilio mutuo entre ellos, por lo menos en los últimos cinco años anteriores al deceso del causante, ni se demostró que esta demandante dependiera económicamente de aquel, recordando que al pretenderse con la pensión de sobrevivientes el amparo al grupo familiar (beneficiarios) que se sostenía con los ingresos de la pensión o el salario del causante, resultan como ejes fundamentales la dependencia económica y el auxilio mutuo.

1.4. Argumentos de las apelaciones

La demandante Duilia Núñez de Botía refuta que al modificarse el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, se quiso proteger al cónyuge sobreviviente con quien el causante aún mantenía una unión conyugal aunque estuviera separado de hecho, sin que la norma hiciera exigencia alguna sobre dependencia económica ni apoyo mutuo, siendo ilógico que en el presente caso se exijan estas dos circunstancias, cuando aparece demostrado que la separación de los cónyuges obedeció a la irresponsabilidad del causante, a quien no le importó abandonar a su esposa con seis hijos.

Reprocha la apoderada de la parte demandada, que en materia de pensión de sobrevivientes deben aplicarse las normas del sistema general de pensiones, razón por la cual, para el caso que nos ocupa le es dable a la entidad exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, donde la convivencia debe estar plenamente probada, así como cualquier otro requisito; ya que no existen presunciones legales que permitan exonerar su demostración, lo cual no ha sucedido, toda vez que no es absolutamente claro que alguna de las hoy demandantes hayan convivido con el causante los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento.

1.5. Alegatos de conclusión



Número interno: 2535-2014
Demandantes: Duilia Núñez de Botía y Blanca Ligia Peña

Mediante auto del 09 de julio de 2015, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo⁵.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, alegó que el Despacho no puede apoyarse únicamente en declaraciones vagas, sin fundamentos fuertes de demostración, al no tener un alcance probatorio para demostrar la dependencia económica de la señora Blanca Ligia Peña con el señor Alfonso Botía Romero.

Por su parte la actora adujo que la interpretación de la jurisdicción contenciosa administrativa sobre el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, es contraria al espíritu de la norma, al querer reconocer el legislador un derecho al cónyuge supérstite con quien el causante en algún momento convivió y al momento de su muerte aún mantenía un vínculo matrimonial y una sociedad conyugal vigente.

El ministerio público conceptuó confirmar la sentencia recurrida, al encontrarse acreditado que el señor Alfonso Botía Romero no convivía ni tenía vida marital, vínculos de solidaridad y asistencia mutua, ni dependencia económica con la señora Duilia Núñez de Botía, por el contrario esta demandante constituyó un nuevo hogar del cual nació una hija.

II. CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

2.1. Competencia

La Sala, en virtud de lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011, es competente para conocer las apelaciones interpuestas contra la sentencia del 21 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C.

⁵ Folio 430.



2.2. Problema jurídico

Se trata de determinar si en el presente asunto es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados y restablecer el derecho de la actora Duilia Núñez de Botía como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en su condición de cónyuge supérstite del señor Alfonso Botía Romero, a pesar de no haber convivido los últimos cinco (5) años de vida de causante y de la nueva relación de hecho que mantiene la demandante.

2.3. Los hechos probados

- El 17 de junio de 1965 contrajeron matrimonio los señores Alfonso Botía Romero y Duilia Núñez⁶.
- El señor Manuel Botía Núñez nació el 24 de junio de 1974 y es hijo de los señores Blanca Ligia Peña y Alfonso Botía Romero⁷.
- La señora Ligia Johanna Botía Peña nació el 30 de marzo de 1984 y es hija de los señores Duilia Núñez de Botía y Alfonso Botía Romero⁸.
- La Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE por Resolución 01183 del 31 de enero de 2007, reconoció y ordenó el pago a favor del señor Alfonso Botía Romero una pensión de jubilación por aportes efectiva a partir del 26 de noviembre de 2004⁹.
- El 21 de agosto de 2008, el señor Alfonso Botía Romero afilió, en calidad de beneficiaria, a la señora Blanca Ligia Peña a la Nueva EPS S.A.¹⁰.
- La señora Blanca Ligia Peña el 14 de diciembre de 2010, le solicitó al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que el señor Alfonso Botía Romero interno en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Ramiriquí – Boyacá, fuera atendido lo más pronto posible en cualquier establecimiento de salud dado que su condición se ha deteriorado¹¹.

⁶ Folio 22.

⁷ Reverso del folio 27 del cuaderno 2.

⁸ Folio 223.

⁹ Folios 2 al 6.

¹⁰ Folio 224.

¹¹ Folios 226 y 227.



Número interno: 2535-2014

Demandantes: Duilia Núñez de Botía y Blanca Ligia Peña

- El señor Alfonso Botía Romero falleció el 23 de enero de 2011¹².
- El 1º de marzo de 2011, la señora Blanca Ligia Peña radicó en Buen Futuro Patrimonio Autónomo, solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente del señor Alfonso Botía Romero¹³.
- Mediante Resolución UGM 031536 del 6 de febrero de 2012, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en Liquidación confirmó la Resolución PAP057605 del 16 de junio de 2011, que negó la solicitud de pensión de sobrevivientes a las señoras Blanca Ligia Peña y Duilia Núñez de Botía¹⁴.

2.4. Análisis de la Sala

2.4.1. Marco normativo y jurisprudencial de la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional

La pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional tienen como propósito salvaguardar a la familia que dependía económicamente del pensionado o afiliado y que como resultado de su muerte se ven desprotegidos, así, el deceso constituye un riesgo que es cubierto por las normas sobre seguridad social.

La Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de unificación del 12 de abril de 2018, reiteró que el Sistema General de Seguridad Social prevé diferentes prestaciones económicas para atender la contingencia derivada de la muerte, entre ellas, la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional *"como mecanismos de protección a la familia como núcleo básico de la sociedad, con el propósito de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba una persona a su grupo familiar y por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de quienes se beneficiaban de sus ingresos. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad"*¹⁵.

¹² Folio 20.

¹³ Folios 189 y 190.

¹⁴ Folios 9 al 16.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica, actora: Pastora Ochoa Osorio, demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional, sentencia del 12 de abril de 2018, proceso con radicado 81001-23-33-000-2014-00012-01 (1321-2015).



Ahora bien, la Ley 100 de 1993, Capítulo IV, regula la pensión de sobrevivientes previendo en el artículo 46 (modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003) que tienen derecho a ésta: i) Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, ii) Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Respecto a este asunto se precisa, que a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se reemplazó la noción de sustitución pensional por la figura de la pensión de sobrevivientes, la cual *“se obtiene no solamente en el caso del fallecimiento del pensionado sino también en el evento en que el causante que fallezca hubiera cotizado al sistema por lo menos veintiséis (26) semanas, en ese momento, o habiendo dejado de cotizar, efectuara aportes por veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior”*¹⁶. Hay que precisar que el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 determinó que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes i) los familiares del pensionado por vejez o invalidez y ii) los familiares del afiliado al sistema que haya cotizado 50 semanas en los tres años previos a su fallecimiento.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 en el artículo 47 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003) establece el orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en un primer nivel contempla al cónyuge o compañero permanente (literales a y b) y los hijos menores de 18 o 25 años o en condición de discapacidad que dependan económicamente del causante (literal c); en un segundo nivel están los padres, quienes igualmente deben depender económicamente del fallecido (literal d), y en último lugar se encuentran los hermanos en condición de discapacidad (literal e).

En el caso del cónyuge supérstite mayor de 30 años precisa el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 que *“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*

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 8 de marzo de 2018, proceso con radicado 08001-23-33-000-2013-90365-01.



Número interno: 2535-2014
Demandantes: Duilia Núñez de Botía y Blanca Ligia Peña

muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte".

La Corte Constitucional en la sentencia C-1094 de 2003 se pronunció sobre la exequibilidad de la expresión subrayada del literal a) del citado artículo señalando que:

"En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

*Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social"*¹⁷.

Se señaló en la sentencia C-081 de 1999 que en aplicación del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993¹⁸, para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional, cuando hay conflicto entre la cónyuge supérstite y la compañera permanente, es un factor determinante *"el compromiso efectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja, al momento de la muerte de uno de sus integrantes"*¹⁹.

En la citada providencia se reiteró lo considerado en la sentencia C-389 de 1996, en el sentido que en la normatividad nacional se prioriza *un criterio material*, esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte, como factor para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional.

¹⁷ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁸ "ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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:(...)"

¹⁹ M.P. Fabio Morón Díaz.



Así, insiste la Corte en la sentencia C-081 de 1999 que la convivencia efectiva al momento de la muerte del pensionado “constituye el hecho que legitima la sustitución pensional”²⁰, por ello, es constitucional que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 exija “tanto para los cónyuges como para las compañeras o compañeros permanentes, acreditar los supuestos de hecho previstos por el legislador para que se proceda al pago de la prestación”, pues acoge un criterio real o material, como lo es “la convivencia al momento de la muerte del pensionado, como el supuesto de hecho para determinar el beneficiario de la pensión”.

2.4.2. Situación jurídica del cónyuge con separación de hecho y sociedad conyugal vigente respecto del último compañero permanente

En el caso del cónyuge supérstite separado de hecho pero con la sociedad conyugal vigente, el requisito de convivencia ha tenido un entendimiento amplio en la jurisprudencia, considerándose que el aparte final del literal b) del artículo 47 de Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003)²¹, también comprende la situación en la cual no hay conflicto con un compañero o compañera permanente, pero el cónyuge tenía un vínculo matrimonial aunque no hubiera convivencia durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del causante.

Caso en el cual, con fundamento en los principios de solidaridad, los deberes de apoyo mutuo entre los cónyuges y por criterios de equidad y justicia, el cónyuge puede probar la convivencia por 5 años en cualquier época, para tener derecho a la sustitución pensional. En estos términos se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral:

“La censura controvierte dicha conclusión del ad quem aduciendo, en esencia, que para que la cónyuge del pensionado fallecido adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, en caso de no suscitarse una convivencia simultánea, es inexorable la existencia de una compañera permanente. En otras palabras, la recurrente aduce que el derecho de la cónyuge a recibir parte de la prestación, se encuentra condicionado a la existencia de una compañera permanente con posterioridad a la separación de hecho.”

²⁰ M.P. Fabio Morón Díaz.

²¹ “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 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”. (Texto resaltado por la Sala).



Número interno: 2535-2014

Demandantes: Duilía Núñez de Botía y Blanca Ligia Peña

Al respecto, importa señalar que desde la sentencia CSJ SL, 29 nov 2011, Rad. 40055, que sirvió de apoyo al Tribunal, esta Sala de Casación Laboral solo había considerado la tesis de que la hipótesis del inciso 3° del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para el evento en que, luego de la separación de hecho de un cónyuge con vínculo matrimonial vigente, el causante estableciera una nueva relación de convivencia y concurriera un compañero o compañera permanente, caso en el cual la convivencia de los 5 años de que trata la norma para el cónyuge que va a recibir una parte de la pensión, podía ser cumplida en «cualquier tiempo».

Sin embargo, dicho lineamiento jurisprudencial fue precisado por la Sala en sentencias CSJ SL, 24 ene 2012, Rad. 41637 y CSJ SL, 13 mar 2012, Rad. 45038, al ampliar la interpretación que había desarrollado la Corte sobre el tema, en el sentido de otorgarle una parte de la pensión a «quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época», para aceptar que se debía aplicar también en aquellos casos en los que no exista compañera permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, en atención a que «si el derecho incorporado en ese literal, otorgaba esa prerrogativa a la (el) cónyuge cuando mediaba una (un) compañera (o) permanente, no podía existir argumento en contra, ni proporcionalidad alguna, que se le restara cuando aquella no se hallaba, pues entonces la finalidad de la norma no se cumplía, es decir, no se proveía la protección al matrimonio que el legislador incorporó, haciendo la salvedad, de que la convivencia en el matrimonio, independientemente del periodo en que aconteció, no podía ser inferior a 5 años, según lo dispuesto en la preceptiva», armonizando así el contenido de la referida norma con criterios de equidad y justicia.

En efecto, en la citada sentencia CSJ SL, 24 ene 2012, Rad. 41637, la Sala adoctrinó:

(...)

“Lo que ocurrió en el sub lite, fue que el sentenciador de alzada concluyó que la demandante no logró demostrar, con el material probatorio recaudado, que hizo vida en común con su cónyuge durante los últimos años que antecedieron a su muerte, como tampoco acreditó ‘la exculpativa aducida para cimentar la ausencia de convivencia’, descendiendo de esta forma la controversia al terreno de los hechos, lo cual será objeto de estudio en el tercer cargo”.

Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.

Esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado



o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.

No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.

Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos.

Entonces, se hace necesario armonizar el contenido de la norma denunciada como interpretada erróneamente, con criterios de equidad y justicia, lo que implica un estudio particular en estos eventos extraordinarios, para determinar en qué casos se accede a la pensión según la parte motiva de esta providencia; en ese orden prosperan los cargos propuestos, por lo cual se casará en su totalidad la sentencia acusada²².

A su turno, esta Corporación ha estimado que ante la vigencia de la sociedad conyugal y aunque no exista convivencia al momento del fallecimiento del causante, el cónyuge no se pierde el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes.

En efecto, en la sentencia del 14 de junio de 2007 se consideró en un asunto perteneciente al régimen de la fuerza pública que:

"Teniendo en cuenta que aún existen los vínculos jurídicos producidos por la unión en el matrimonio; situación que desplaza a la unión marital, y como no existe prueba en el expediente que existiera separación legal y definitiva de cuerpos o cesación de efectos civiles del matrimonio católico, no puede predicarse que el derecho a la sustitución pensional lo perdió la cónyuge sobreviviente²³.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 10 de junio de 2015. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, radicación N° 63046, acta 18, SL7299-2015.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Ana Margarita Olaya Forero, proceso con radicado 25000-23-25-000-1999-06271-01(5214-05).



Número interno: 2535-2014

Demandantes: Duilía Núñez de Botía y Blanca Ligia Peña

Frente al mismo tema en sentencia del 22 de abril de 2010, se estimó que pese a no existir convivencia con el cónyuge supérstite antes del deceso del causante, éste sí mantenía con ella un vínculo de solidaridad y asistencia, motivo por el cual tenía derecho a una proporción de la mesada pensional, así:

“A su vez, se encuentra acreditado que el señor Jesús Eulises Perea Peña, prodigaba a su cónyuge (con quien no convivía ni hacía vida marital, según lo probado en el proceso), señora Hermenegilda Serna Palacios, una ayuda económica para su sustento, lo que quiere decir que, en vida mantenía con ella, vínculos de solidaridad y asistencia, en orden a colaborar con su sostenimiento, circunstancia que en modo alguno puede desconocer la Sala, pues de ser así, y bajo la única consideración para el caso en particular, de que el derecho a sustituir radica en la compañera permanente con quien se demostró una convivencia efectiva, sería apartarse injustificadamente de una realidad social y moral que concurría en el causante, como lo era el hecho de prodigarle apoyo económico, y con ese criterio, reducir a la cónyuge supérstite a una evidente desprotección, más aún cuando no goza de buenas condiciones de salud.

En este orden de ideas, si bien, la Constitución y la Corporación Judicial a la que se ha confiado su guarda, privilegian el elemento sociológico, material y real de la convivencia como criterio para la determinación del beneficiario de la sustitución pensional, también ha señalado que es conforme a la Constitución el reparto de la pensión entre el cónyuge original y la pareja con la cual se convive. En el caso concreto, las circunstancias especiales, debidamente comprobadas, respecto de los vínculos de solidaridad, apoyo y ayuda económica que brindaba en vida el causante a su cónyuge separada, permiten, con fundamento en los artículos 5, 42 y 48 de la Constitución Política, y en los principios de justicia y equidad, acudiendo a la jurisprudencia como criterio auxiliar, reconocer y ordenar la distribución de la sustitución de la pensión post mortem del causante, Jesús Eulises Perea Peña, en partes iguales entre la cónyuge y compañera. La decisión de declarar el derecho a la sustitución pensional de esta manera, dadas las circunstancias especiales que concurren en el caso concreto, se aviene a los postulados constitucionales que protegen a la familia, en sus distintas formas de configuración, y extienden los derechos de la seguridad social tanto a cónyuges como a compañeros permanentes”²⁴.

Igualmente, en la sentencia del 15 de septiembre de 2016 esta Subsección B de la Sección Segunda afirmó que los efectos del matrimonio frente al derecho pensional no se menguan ante la falta de convivencia en los 5 años previos al fallecimiento del causante, así:

“En ese orden de ideas, está probado que durante los últimos 5 años anteriores al deceso del señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) no existió una convivencia simultánea que le permita a la señora Carlina Sierra Isaza de Zapata el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, por lo menos no de conformidad al

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 27001-23-31-000-2002-00221-01 (1955-2007)



literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, pues si bien se logró demostrar que existieron algunas relaciones casuales, circunstanciales, incidentales u ocasionales que se presentaron después de la separación, tal es el caso de las visitas constantes que éste realizaba a su hija Carmen Lucrecia Zapata Sierra en casa de quien fuera su esposa, de modo alguno indica que se haya tratado de una relación de convivencia, caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia.

Ahora bien, no se puede desconocer que el inciso 3° del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 brindó la oportunidad a la cónyuge superviviente de ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a pesar de que el pensionado hubiese tenido una compañera permanente durante los últimos cinco años, la cual se divide proporcionalmente al tiempo de convivencia con el fallecido, pero solo cuando se ha mantenido la sociedad conyugal vigente.

Lo anterior, por cuanto la separación de hecho no resta efectos a la sociedad patrimonial existente entre el causante y su cónyuge sobreviviente, dado que los haberes del matrimonio siguen produciendo efectos jurídicos. En tal sentido, la sociedad de hecho, que logre conformar el pensionado o el afiliado con la compañera permanente, solo cobrará efectos una vez esté liquidada la sociedad conyugal²⁵.

Este mismo criterio fue reiterado en la sentencia del 16 de marzo de 2017 al especificar:

“En estos términos, estima la Sala que la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resulta acertada en cuanto sostuvo que el vínculo matrimonial existente entre los señores Dolores Narváez de Amaguaña y Adonias Amaguaña Pazcuaza se mantuvo vigente incluso al momento de la muerte de este último lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del literal b, del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y la doctrina de la Corte Constitucional le confería el derecho como sustituta de la pensión de sobreviviente causada en el caso concreto.

Lo anterior, dado que la separación de cuerpos de hecho verificada entre los señores Dolores Narváez de Amaguaña y Adonias Amaguaña Pazcuaza no tenía el alcance legal suficiente para disolver la sociedad conyugal existente entre estos desde el mismo momento en que contrajeron nupcias. En tal sentido, no se advierte dentro del expediente indicio o plena prueba que sugiera que en vida el señor Amaguaña Pazcuaza y la señora Narváez de Amaguaña hayan acordado disolver la referida sociedad en los términos permitidos por la ley.

Por tal motivo, a la fecha en que se registró la muerte del causante se encontraba vigente la referida sociedad patrimonial lo que, se repite por ministerio de la ley, le confería el derecho a la señora Dolores Narváez de Amaguaña a disfrutar de la prestación pensiónal por sobrevivencia causada, teniendo en cuenta que para ese momento nadie más concurría al caso concreto con igual derecho²⁶ (Texto resaltado por la Sala).

²⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 25000-23-42-000-2013-04442-01 (1076-15).

²⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. M.P. César Palomino Cortés, proceso con radicado 76001-23-31-000-2007-00980-01 (1888-07).



Número interno: 2535-2014
Demandantes: Duilia Núñez de Botía y Blanca Ligia Peña

Y es que no puede ser otra la interpretación ni el alcance de los efectos jurídicos que surgen, en el evento en que convergen dos disímiles instituciones en cabeza de una sola persona, como lo son el matrimonio y la unión marital, circunstancia protegida en el artículo 47, literal b), inciso final de la Ley 100 de 1993, tal y como lo concluyó la Corte Constitucional en la sentencia C-336 de 2014:

"1.4. El Legislador dentro del marco de su competencia, en desarrollo del derecho a la seguridad social en pensiones, puede regular lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. En ese orden de ideas, en el caso de la convivencia no simultánea entre el cónyuge con separación de hecho y con sociedad conyugal vigente y el último compañero permanente, ponderó los criterios de la sociedad patrimonial existente entre los consortes y la convivencia efectiva consolida con antelación al inicio de la unión marital de hecho, mediante la asignación de una cuota parte de la pensión.

1.5. Al analizar el aparte acusado a la luz de los presupuestos del juicio de igualdad, se pudo constatar que los sujetos en comparación -cónyuge con separación de hecho y con sociedad conyugal vigente y el último compañero permanente- pertenecen a grupos diferentes y por ello la norma demandada no otorga un trato diferente a quien es diferente, en tanto que ambas figuras no son necesariamente equiparables."²⁷

En efecto, la parte pertinente de la mentada norma establece:

"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."

En función de lo dicho, observa la Sala que el caso concreto exhibe los presupuestos fácticos regulados por el legislador en el analizado inciso final, pero también permite valorar una circunstancia adicional como es la nueva relación de hecho que conformó quien fuera la cónyuge del causante, la señora Duilia Núñez con el señor Luís Ahumada, y de cuya relación nació una nueva hija, tal como aparece confirmado en el plenario.

Situación que cobra relevancia, pues, tal como se advirtió en precedencia, nuestro ordenamiento jurídico le ha dado prioridad al factor de la convivencia para efectos de la sustitución del derecho pensional, lo que guarda coherencia con los

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-336 de 4 de junio de 2014, M. P. Dr. Mauricio González Cuervo.



planteamientos jurisprudenciales que siempre han propendido por otorgar mayor peso a los principios que involucra la seguridad social, como son la solidaridad, la equidad y la justicia, en favor de la protección de la familia y de esa ayuda mutua que implica la manutención; y la afectación que envuelve la carencia de quien era el sostén económico del hogar o una parte fundamental de este.

Ahora bien, es conocido que el propósito principal de la sustitución pensional es mantener la protección de la o las familias ante el desamparo por el fallecimiento de quien fuera un soporte fundamental de este núcleo; y si fuere el caso, incluso llegar a realizar una distribución proporcional de la prestación sustituida siempre con base en el tiempo de la convivencia.

En tal sentido, es preciso resaltar que el hecho de conformar una nueva familia implica que a partir de allí se genere un nuevo vínculo, con todo lo que ello envuelve, como es la satisfacción de las necesidades afectivas, económicas y de solidaridad, que en algún momento estuvieron desprovistas por la ruptura de la relación que hubo inicialmente.

Así las cosas, ante la conformación de una nueva relación desaparecen los presupuestos que pretende solventar la sustitución pensional, puesto que la solidaridad, el auxilio y la protección se restaura con la nueva pareja, a menos que se acredite que el causante mantenía cualquier tipo de apoyo económico a quien, en alguna oportunidad y durante algún tiempo, fuera su pareja o cónyuge, hecho que no se demostró en el presente caso.

Entonces, el derecho a la pensión de jubilación del señor Alfonso Botía Romero debe ser sustituido a la señora Blanca Ligia Peña por haber sido su compañera permanente durante sus últimos 27 años de vida; no así en lo que respecta a la señora Duilia Núñez de Botía, en calidad de cónyuge supérstite, por las razones que se esbozaron en la parte considerativa de esta sentencia.

III. DECISIÓN



Número interno: 2535-2014
Demandantes: Duilia Núñez de Botía y Blanca Ligia Peña

Conforme al análisis precedente, se impone confirmar la sentencia proferida el 21 de marzo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que condenó reconocer y pagar a favor de la señora Blanca Ligia Peña el **100% de la sustitución de la pensión de jubilación** que en vida devengaba el causante Alfonso Botía Romero.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

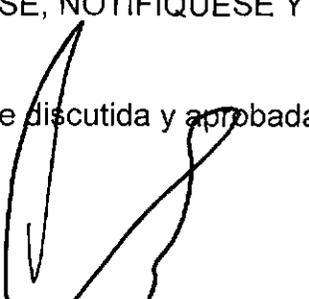
FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de marzo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por la señora **BLANCA LIGIA PEÑA** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


CÉSAR PALOMINO CORTÉS


SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ


CARMELO PERDOMO CUÉTER

22 JUL 2018
Proceso recibido en secretaría