



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

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicado No.	250002342000201304442 01
No. Interno:	1076-2015
Actora:	María Carlina Sierra de Zapata.
Demandado:	Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y otros¹.
Trámite:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia.
Asunto:	Establecer si es viable el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a quien se ha separado de hecho y, además, ha liquidado la sociedad conyugal.

¹ Luz Margarita Rodríguez Viloria, Fabián David y Valentina Zapata Rodríguez.



Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 23 de octubre de 2015², después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de octubre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora María Carlina Sierra de Zapata en contra del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y los señores Luz Margarita Rodríguez Viloría, Fabián David y Valentina Zapata Rodríguez.

1. ANTECEDENTES³

1.1 La demanda y sus fundamentos.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – *Ley 1437 de 2011*, la señora María Carlina Sierra de Zapata, por intermedio de apoderado judicial⁴, demandó las Resoluciones 0637 de 2 de julio de 2009 proferida por el Director General del

² Informe visible a folio 243.

³ Demanda visible a folios 1.

⁴ El abogado Alejandro Rodríguez Arredondo.



Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, a través de la cual resolvió sustituir provisionalmente la pensión de jubilación del señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.); 970 de 18 de septiembre de 2009 suscrita por la misma autoridad administrativa que sustituyó de manera definitiva la pensión de jubilación del citado señor; 1187 de 12 de noviembre de 2009 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición y, en consecuencia, confirmó la Resolución 970 del 18 de septiembre de 2009; y, el Oficio 2012000484011 de 11 de diciembre de 2012, por medio del cual la Subdirectora de Prestaciones Económicas del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho solicitó, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho en calidad cónyuge supérstite del señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.), desde el 5 de mayo de 2009 con los correspondientes intereses moratorios o en su defecto la indexación; y, que se dé cumplimiento a la ejecución de la sentencia en los términos de los artículos 187 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por la demandante, así:

Relató que la señora María Carlina Sierra de Zapata contrajo matrimonio por el rito católico con el señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) el 13 de mayo de



1936 en el municipio Santa Fe de Antioquia⁵, del cual nacieron ocho hijos de nombres: Pablo Edgar, Hugo, Francia Lía, Gilberto, Carmen Lucrecia, Luis Fernando, Jorge Iván y Thomas Darío Zapata Sierra.

Aseguró que la señora María Carlina Sierra de Zapata dedicó su vida a las labores propias del hogar, es decir, que dedicaba su tiempo, actividad física e intelectual al cuidado de sus ocho hijos, en especial al de su hija Carmen Lucrecia Zapata Sierra quien padecía una discapacidad y, además, en atender a su esposo el señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.), quien se encargaba de todos los gastos del hogar: alimentación, vivienda, servicios públicos, salud y recreación.

Comentó que por medio de la escritura pública 3.314 de 4 de diciembre de 1989 de la Notaría Primera de la Ciudad de Medellín, los señores Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) y María Carlina Sierra de Zapata adelantaron el trámite de liquidación de sociedad conyugal; en tal sentido, la convivencia se dio en forma exclusiva y singular entre el 13 de mayo de 1936 hasta el mes de diciembre de 1989, es decir, por un tiempo aproximado de 53 años.

Expresó que al señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) le fue reconocida la pensión de jubilación por medio de la Resolución 362 de 12 de abril de 1994

⁵ Acto que fue registrado en la Notaría Única del Círculo de Buriticá (Antioquia), con el radicado número 03497102.



por parte del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, la cual logró disfrutar hasta el 4 de mayo de 2009, fecha en que falleció.

Relató que mediante Resolución 0970 de 18 de septiembre de 2009 les fue reconocida la sustitución de la pensión de jubilación del señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.), a partir del 5 de mayo de 2009, a favor de Luz Margarita Rodríguez Viloría en su condición de compañera permanente en un 50%, Fabián David Zapata Rodríguez en su condición hijo menor en un 16,66%, Valentina Zapata Rodríguez en su condición de hija menor en un 16,66% y Carmen Lucrecia Zapata Sierra en su calidad de hija mayor discapacitada en un 16,66%.

Dijo que los señores Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) y María Carlina Sierra de Zapata nunca tramitaron la cesación de efectos civiles del matrimonio católico, razón por la que su vínculo marital estuvo vigente hasta la fecha del fallecimiento del citado señor.

Destacó que el 8 de mayo de 2011 falleció la beneficiaria de la pensión sustitutiva, la señora Carmen Lucrecia Zapata Sierra, con lo cual se acrecentó el valor de la mesada pensional de los demás pensionados.



1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, preámbulo y artículos 1, 4, 5, 6, 13, 42, 48, 49, 93 y 94; Código Civil, artículos 115, 152 y 160; Ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48 modificados por la Ley 737 de 2003, artículos 12 y 13.

Como concepto de violación de las normas invocadas, la demandante consideró que los actos acusados están viciados de nulidad, porque:

El derecho a la familia implica garantías que da el Estado para que los miembros que la conforman, tengan acceso a los derechos mínimos tales como vivienda digna, educación, salud, trabajo y seguridad social; bajo ese contexto, la pensión de sobreviviente busca garantizar a los miembros que perdieron a la persona que velaba por su sostenimiento y manutención, la posibilidad de continuar con una estabilidad económica.

En su sentir, se está desconociendo lo establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993⁶, por cuanto esta norma propende porque los conyuges,

⁶ "(...) ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.



separados de hecho, que hayan convivido por un tiempo igual o superior a cinco años en cualquier tiempo, tengan derecho al reconocimiento de su pensión de sobrevivientes en calidad de conyugue supérstite.

Enunció que el matrimonio, trae como consecuencias efectos personales y patrimoniales, tales como, la sociedad conyugal y la ayuda mutua,

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 este. 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 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;

(...)".



respectivamente; sin embargo, la liquidación de la sociedad conyugal sólo pone fin a los efectos patrimoniales o económicos, mas no afecta el vínculo jurídico contraído.

Agregó que la actuación de la administración desconoció que con la celebración del matrimonio surgen unas obligaciones y derechos de carácter personal que sólo se suspenden cuando se lleva a cabo un trámite legal, es decir, no basta la separación de cuerpos ni la liquidación de la sociedad conyugal para que no pueda obtener el beneficio pensional.

1.3 Contestación de la demanda⁷.

· El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, mediante apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por la parte actora con fundamento en los siguientes argumentos.

Manifestó que los actos administrativos demandados que decidieron sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se encuentran lo suficientemente sustentados en el conjunto de normas que regulan este tema en particular, además se concluyó de las pruebas aportadas que el señor

⁷ Visible a folios 107 a 113.



Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) y la señora María Carlina Sierra de Zapata solo estuvieron casados entre el 13 de mayo de 1936 al 4 de diciembre de 1989, fecha en que se liquidó la sociedad conyugal.

Destacó que el Juzgado Cuarto de Familia de Medellín mediante providencia de 5 de diciembre de 1997 declaró la existencia de la sociedad marital y patrimonial entre compañeros permanentes habida entre el señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) y Luz Margarita Rodríguez Viloría.

Indicó, de conformidad con el inciso final del literal 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que si respecto de un pensionado hubiese una compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de sobrevivientes, dicha pensión se dividirá entre la cónyuge y la compañera en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, lo que significa que cuando la sociedad conyugal se encuentra disuelta el derecho de la cónyuge se extingue toda vez que los efectos patrimoniales de la sociedad ya no existen.

Consideró que el Oficio 2012000484011 de 11 de diciembre de 2012 es un acto de trámite que no puede ser sometido a control jurisdiccional pues no



produjo ningún efecto jurídico, circunstancia que conlleva a que declare la inepta demanda.

· La señora Luz Margarita Rodríguez Vloria y los menores Fabián David y Valentina Zapata Rodríguez, a través de apoderado, se opusieron a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Señaló que el señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) y la señora Luz Margarita Rodríguez Vloria mantuvieron “*una relación íntima*” desde el año de 1987 de la cual tuvieron dos hijos a quienes les llamaron por el nombre de Valentina Zapata Rodríguez y Fabián David Zapata Rodríguez y nacieron el 18 de julio de 1989 y el 19 de septiembre de 1992, respectivamente.

Destacó que mediante sentencia de 5 de diciembre de 1997 el Juzgado Cuarto de Familia de Medellín declaró la existencia de la sociedad marital y patrimonial de hecho entre los compañeros permanentes Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) y Luz Margarita Rodríguez Vloria por haberse dado las circunstancias enlistadas en el artículo 2 de la Ley 54 de 1990⁸.

⁸ “(...) **Artículo 2o.** [Modificado por el art. 1, Ley 979 de 2005](#). Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;



Enunció que la señora Luz Margarita Rodríguez Viloría convivió con el mencionado señor durante 20 años aproximadamente antes de su fallecimiento, compartiendo mesa, techo, lecho y socorriéndose de manera mutua.

Agregó que el señor Gilberto Zapata Isaza el 26 de agosto de 1998 radicó ante el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República una declaración de sustitución pensional, de conformidad con lo establecido en la Ley 44 de 1980, en la que solicitó que su pensión fuese relevada a favor de la señora Luz Margarita Rodríguez Viloría y los menores Fabián David y Valentina Zapata Rodríguez.

En su sentir, no es posible que se le reconozca la pensión de sobrevivientes a la demandante, pues de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, si un pensionado ya ha liquidado su sociedad conyugal, se extingue el derecho solicitado.

*b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.
(...)"*



1.4 La sentencia apelada⁹.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante sentencia de 30 de octubre de 2014 negó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Consideró que del contenido del último aparte del inciso tercero del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y la interpretación de la Corte Constitucional en la sentencia C-336 de 2014, es claro que el cónyuge supérstite que se separó de hecho del causante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, únicamente si mantuvo la sociedad conyugal y, además, acredita el cumplimiento de 5 años de convivencia con anterioridad a la última unión marital de hecho.

Dijo que no hay duda que cuando la norma se refiere a la sociedad conyugal vigente, hace referencia a los efectos patrimoniales del matrimonio. Entonces el cónyuge supérstite que se separó de hecho del causante y mantiene el vínculo jurídico del matrimonio, pero liquidó y disolvió la sociedad conyugal, no tiene derecho al reconocimiento de la sustitución pensional, puesto que desaparece uno de los requisitos para acceder al derecho.

⁹ Folios 172 a 192.



Expresó, en cuanto al caso en concreto, que si bien se demostró a través de diferentes medios probatorios que la señora María Carlina Sierra de Zapata convivió con el señor Gilberto Zapata Isaza durante más de 50 años continuos desde el año 1936 hasta 1989 con lo cual se acreditaría los 5 años de convivencia con el causante, no se puede desconocer que no se cumplieron con las condiciones dadas en el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, toda vez que al momento del fallecimiento del causante no se encontraba vigente la sociedad conyugal, porque ésta fue disuelta y liquidada de común acuerdo mediante escritura pública 3.314 de 4 de diciembre de 1989 de la Notaría Novena de Medellín.

Concluyó que desde el año de 1989 y hasta el momento del fallecimiento del causante, la demandante no formó parte del núcleo familiar del señor Gilberto Zapata Isaza, puesto que no continuó entre ellos la vocación de permanencia, afecto, solidaridad y socorro mutuo que caracterizan a la familia conforme al artículo 42 de la Constitución Política.

1.5 El recurso de apelación¹⁰.

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación por los motivos que se exponen a continuación:

¹⁰ Visible a folios 194 a 197.



Manifestó que no es correcto afirmar que la demandante dejó ser parte del núcleo familiar del causante desde el año de 1989, porque ello sería como desconocer el objetivo del Sistema General de Pensiones que busca garantizar a la población del amparo contra las contingencias derivadas de la vejez y muerte, propendiendo por la ampliación progresiva de su cobertura para aquellas poblaciones que no están cubiertas en el sistema.

Aseguró que la prestación económica de la pensión de sobrevivientes está instituida para proteger a las personas más cercanas del causante, en ese sentido es un contrasentido afirmar que la persona que convivió al lado de otra por más de 50 años, fue la madre de sus hijos y compartieron el dolor y la responsabilidad de un hijo discapacitado sea excluida de su grupo familiar y se asimile a aquellos que buscan sacar provecho de un patrimonio pensional.

Discrepó de la postura del *A – quo* porque confundió los conceptos de vínculo matrimonial con el de régimen patrimonial del matrimonio, pues éste último es uno de los efectos de la celebración del matrimonio de dicho acto solemne.



Indicó que la Corte Suprema de Justicia¹¹ ha considerado que se le debe otorgar el derecho a la pensión de sobrevivientes al cónyuge en los casos de convivencias no simultáneas cuando el vínculo matrimonial se encuentra vigente para el momento del fallecimiento y se acredita la convivencia con el causante por el quinquenio en cualquier tiempo o basta que la sociedad conyugal no se haya liquidado.

Finalmente resaltó que el señor Gilberto Zapata Isaza si bien inició una relación por medio de una relación marital de hecho, nunca demandó la cesación de los efectos civiles de matrimonio católico.

II. CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

Atendiendo a los motivos de oposición aducidos por la parte demandante en calidad de apelante único y conforme al material probatorio obrante en el expediente, se extrae que en el *sub-lite* el problema jurídico se contrae a determinar si la señora Carlina Sierra Isaza de Zapata tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a pesar de que se había

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de 13 de marzo de 2012, M. P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.



separado de hecho y liquidado la sociedad conyugal hacía 20 años atrás del fallecimiento del señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.).

Para el efecto, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: i) marco legal de la pensión de sobrevivientes; y, ii) del caso en concreto.

i) Marco legal de la pensión de sobrevivientes.-

La pensión de sobreviviente se enmarca dentro del derecho a la seguridad social y tiene como finalidad primordial, la de satisfacer la necesidad de subsistencia económica que persiste para quien sustituye a la persona que disfrutaba de una pensión o tenía derecho a su reconocimiento, una vez producido el fallecimiento de ésta, en razón a la desprotección que se genera por ésa misma causa.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-111 de 2006 al resolver una acción pública de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13, literal d), parcial, de la Ley 797 de 2003¹², indicó que la pensión de sobrevivientes tiene por objeto

¹² “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”.

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:



impedir que ocurrida la muerte de una persona, los miembros del grupo familiar que dependían económicamente de ella, se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales de su fallecimiento. Lo anterior, mediante la asignación de una prestación económica que suple la ausencia repentina del apoyo financiero del causante, con el fin de evitar que su muerte se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de los beneficiarios de dicha prestación.

a) Del régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.-

En materia de sustitución pensional los artículos 36 y 39 del Decreto 3135 de 1968¹³, así como 80 y 92 del Decreto 1848 de 1969¹⁴ consagraron la posibilidad de transmitir el derecho jubilatorio a favor de los beneficiarios del causante únicamente en dos eventos, a saber: i) cuando fallece el empleado público en goce de pensión y ii) cuando el empleado público muere con

(...)

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este;(...)"

¹³ "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales."

¹⁴ "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968."

derecho a pensión sin que en efecto se haya efectuado el reconocimiento.
Así señalaban las normas en comento:

“(...) Decreto 3135 de 1968.

Artículo 36. Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación, sus beneficiarios, en el orden y proporción señalados en el artículo 34¹⁵, tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión la pensión que le hubiere correspondido durante dos (2) años, sin perjuicio de las prestaciones anteriores.

(...)

Artículo 39. Sustitución de Pensión. Fallecido un empleado público o trabajador oficial en goce de pensión de jubilación, invalidez o vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes.

Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

(...)

¹⁵ *“Artículo 34. En caso de fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial en servicio, las prestaciones a que haya lugar se pagarán a los beneficiarios que a continuación se determinan, así: 1. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos legítimos y naturales del empleado o trabajador en concurrencia estos últimos en las proporciones establecidas por la ley civil.*

2. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos naturales, la prestación corresponderá íntegramente a los hijos legítimos.

3. Si no hubiere hijos legítimos la porción de éstos corresponde a los hijos naturales en concurrencia con el cónyuge sobreviviente.

4. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, ni hijos legítimos, el monto de la prestación se dividirá así: la mitad para los padres legítimos o naturales y la otra mitad para los hijos naturales.

5. A falta de padres legítimos o naturales, llevarán toda la prestación los hijos naturales.

6. Si no concurriera ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial en el establecido, la prestación se pagará a los hermanos menores de edad y a las hermanas del extinto, previa comprobación de que dependían de él para su subsistencia.”

Artículo 80. Fallecimiento del empleado con derecho a pensión. Cuando fallezca un empleado oficial que hubiere causado en su favor el derecho a pensión de jubilación, por reunir los requisitos legales, sin haberla hecho efectiva en vida, ese derecho se transmite a las personas señaladas en el Artículo 92 de este Decreto¹⁶, para el solo efecto de recibir de la entidad obligada el pago de la pensión que le hubiere correspondido al causante, durante los dos (2) años a que se refiere la citada norma legal.

(...)

Artículo 92. Transmisión de la Pensión. Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de dieciocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes al fallecimiento del pensionado.

(...)"

Posteriormente, en materia de sustitución pensional se expidió la Ley 33 de 1973¹⁷, la cual señaló que para que se diera la sustitución pensional, el trabajador particular o el empleado o trabajador del Sector Público, debía estar pensionado o al momento de su fallecimiento tener el derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez.

"(...) Artículo 1°. Fallecido el particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo

¹⁶ "ARTÍCULO 92. TRANSMISIÓN DE LA PENSIÓN. Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de dieciocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes al fallecimiento del pensionado."

¹⁷ "Por el cual se transforman en vitalicia las pensiones de las viudas."

*derecho, su viuda **podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.***

(...)

*Parágrafo 2°. A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, **les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley.**" (Se resalta)*

Luego, la Ley 12 de 1975¹⁸ solo exigió que el trabajador o empleado haya completado el tiempo de servicio, de manera que si fallecía antes de cumplir la edad cronológica para tener derecho a la pensión de jubilación, había lugar a la sustitución pensional, así:

*"(...) Artículo 1° El cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público y sus hijos menores o inválidos, **tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley o en convenciones colectivas.** (...)" (Se resalta)*

De lo anterior se infiere, que si bien en principio el derecho a la sustitución pensional solo surgía para los beneficiarios de un empleado público cuando a la fecha de su fallecimiento éste había perfeccionado o consolidado completamente el derecho jubilatorio, con posterioridad el Legislador lo extendió para los casos en los que el empleado público hubiese logrado el tiempo de servicios sin reunir o completar la edad pensional, con el fin de amparar con tal medida el derecho de la familia del mismo, que por la

¹⁸ "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación."



contingencia de muerte no logró consolidar plenamente su derecho pensional.

Ahora bien, una vez expedida la Constitución Política de 1991, en su artículo 48 se estableció que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable, de tal manera que por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución.

Ahora bien, la pensión de sobrevivencia se consagró como una prestación del Sistema General de Seguridad Social, cuyos requisitos para su reconocimiento por mandato constitucional, deberán ser definidos mediante las leyes, puesto que el artículo 48 de la Carta Política¹⁹ contempló la siguiente disposición:

“(...) ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

(...)

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin

¹⁹ Adicionado desde el inciso 7º en adelante por el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones. (Se destaca).

Posteriormente se expidió la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, la cual derogó tácitamente²⁰ la Ley 12 de 1975. Esta nueva norma reemplazó la sustitución

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2001.

“Derogación de la norma acusada y estudio de los cargos del demandante.

2- La norma acusada hace parte de la Ley 113 de 1985, que adiciona la Ley 12 de 1975, que regula ciertos aspectos de la llamada pensión de sobrevivientes. Ahora bien, la Ley 100 de 1993, que es norma posterior, creó el sistema general de seguridad general, y en su libro primero establece el régimen general de pensiones. Específicamente, ese libro primero regula integralmente la pensión de sobrevivientes, tanto en el régimen de prima media (artículos 46 y ss.) como en el de ahorro individual (arts. 73 y ss.). Así, las normas sobre el régimen de prima media señalan al respecto:

Por su parte, los artículos 73 y ss. de la misma Ley 100 de 1993 regulan la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual y tienen un contenido normativo similar. Estamos pues ante una regulación integral y sistemática de una materia, que es posterior a la norma acusada. Ahora bien, conforme a la teoría jurídica, y como lo ilustra al respecto el artículo 3º de la ley 153 de 1887, se entiende que esa regulación sistemática posterior de un tema deroga tácitamente las normas precedentes sobre la materia, salvo que las normas previas establezcan regímenes especiales. Así, el artículo 3º de la ley 153 de 1887 dice que se estima “insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería” (subrayas no originales).

La Corte Suprema de Justicia, en su momento, y esta Corte Constitucional han reconocido, en numerosas ocasiones, ese efecto derogatorio de la ley posterior que regula integralmente un tema. Así, la Corte Suprema -Sala Plena-en múltiples pronunciamientos reiteró que el ejercicio de la facultad legislativa consistente en expedir códigos, estatutos orgánicos o regímenes legales integrales implica la derogación de las normas incorporadas a éstos para integrar un solo cuerpo normativo, tesis que ha sido plenamente aceptada por esta Corte Constitucional.

Ahora bien, en este caso, la norma previa acusada no consagra ningún régimen especial, por lo cual debe entenderse derogada por el sistema integral posterior de la Ley 100 de

pensional por la pensión de sobrevivientes tanto en el régimen de prima media con prestación definida²¹ como en el de ahorro individual²², y señaló que esta prestación 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 ése momento, o habiendo dejado de cotizar, efectuara aportes por veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 46 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003²³, determinó que los beneficiarios del causante tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando el causante hubiere cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, así:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

1993, tal y como lo ha entendido esta Corte. Es pues claro que el artículo impugnado fue derogado. El interrogante que surge entonces es si esa derogación implica que la Corte deba inhibirse de conocer los cargos de la demanda.”

²¹ Artículos 49 a 49 de la Ley 100 de 1993.

²² Artículos 73 a 78 de la Ley 100 de 1993.

²³ “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.”

2. 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 y se acrediten las siguientes condiciones:²⁴” (Destaca la Sala)

De no darse las condiciones expuestas para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, en los artículos 49 y 78 de la Ley 100 de 1993 se creó para el régimen solidario de prima media con prestación definida la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, la cual es equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado. De otro lado, para el régimen de ahorro individual con solidaridad, se estableció la devolución de saldos, según la cual los beneficiarios del afiliado tienen derecho a recibir la totalidad del monto abonado en la cuenta individual de ahorro pensional del causante, incluidos los rendimientos y el valor del bono pensional, si a éste hubiera lugar. La norma establece al respecto, lo siguiente:

*“TÍTULO II
Régimen solidario de prima media con prestación definida
(...)
CAPÍTULO IV
Pensión de sobrevivientes*

²⁴ Literales a) y b) declarados inexequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-556 DE 2009. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

(...)

Artículo. 49. Indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley.

(...)

TÍTULO III

Régimen de ahorro individual con solidaridad

(...)

CAPÍTULO IV

Pensión de sobrevivientes

(...)

Artículo. 78.-Devolución de saldos. Cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensionad, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensionad si a éste hubiera lugar.”.

En conclusión se tiene que el sistema de sustitución pensional de que trataba la Ley 12 de 1975, artículo 1º, fue derogado de manera tácita por el de pensión de sobrevivientes contenido en los artículos 46 a 49 y 73 a 78 de la Ley 100 de 1993; por tanto, en la actualidad no se habla de la sustitución pensional, comoquiera que se contempló la pensión de sobrevivientes dentro del Sistema de Seguridad Social Integral establecido en la Ley 100 de 1993 que entró a regir el 1º de abril de 1994, por mandato de su artículo 151, y es desde esa fecha que se deben aplicar las disposiciones contenidas en dicha ley sobre pensión de sobrevivientes.



b) La familia en la Constitución Política de 1991, y el derecho a la igualdad de las uniones maritales de hecho y los matrimonios.

El artículo 42 de la Constitución Política indica que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que se conforma por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad de conformarla.

Así, la familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-081 de 1999²⁵), está amparada por un marco de protección que cubre la matrimonial y la extramatrimonial. En efecto la Corte ha indicado que el reconocimiento de la familia extramatrimonial se ha reafirmado por la ley, el derecho comparado y la jurisprudencia, en tanto se *“reconocen las diferentes formas de relaciones familiares extramatrimoniales y ordenan darle un tratamiento igual al que se le otorga a la familia matrimonial”*²⁶.

En este sentido, en la jurisprudencia constitucional, sobre la unión marital de hecho, se ha precisado que *“merece reconocimiento jurídico y social, siempre y cuando acredite los elementos básicos de estabilidad por lo que, es innegable a juicio de la Corte que faltando tan solo formalización de su*

²⁵ M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁶ C-081 de 1999. M.P. Dr. FABIO MORON DIAZ. Sentencia mediante la cual se declararon exequibles las expresiones “...la compañera o compañero permanente supérstite...”, de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993.

vínculo conyugal, deben recibir un tratamiento equiparable o semejante por muchos aspectos al que merece la unión conyugal”²⁷.

Por otra parte, en el caso de las parejas homosexuales se resalta que éstas también tienen derecho a conformar una familia a través de un vínculo contractual, tal como lo expreso la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011²⁸, así:

“En esas condiciones, la Corte estima factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho - a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales.

En la misma línea de protección, la Corte en sentencia C-336 de 2008 estableció al estudiar la constitucionalidad de las expresiones “*compañera o compañero permanente*” contenidas los artículo 47 y 74 de la Ley 100 de 1993²⁹, que las garantías derivadas de la seguridad social no solo

²⁷ Ídem.

²⁸ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

²⁹ Modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

comprenden a las parejas heterosexuales unidas por vínculos jurídicos – matrimonio- o naturales -unión libre-, sino que en el caso de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes también están incluidas “*las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.*” Al respecto se consideró en la citada providencia que no existe una justificación que autorice que las parejas homosexuales no tengan derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en los mismos términos que las parejas heterosexuales.

Ahora bien, se señaló en la sentencia C-081 de 1999 que no pueden confundirse los derechos herenciales con el reconocimiento de prestaciones sociales ocasionadas por la muerte de uno de los miembros de la pareja, ya que insiste la Corte, se trata de instituciones jurídicas diferentes, “*pues son diferentes los principios que animan la hermenéutica jurídica en este campo del ordenamiento legal, a los que prevalecen en el área del derecho privado*”³⁰. Así se estimó que, en aplicación del literal a)³¹ del artículo 47 de la

³⁰ Ídem.

³¹ “**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;(...*”



Ley 100 de 1993, 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 de la pareja existente entre la pareja, al momento de la muerte de uno de sus integrantes”*³²

En el mismo sentido, en la citada providencia se reitera 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.

Así, insiste la Corte en la sentencia C-081 de 1999³³ que la convivencia efectiva al momento de la muerte del pensionado, *“constituye el hecho que legitima la sustitución pensional”*, que modo que es constitucional que en 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”*.

³² Ídem.

³³ M.P. Fabio Morón Díaz

Posteriormente, en la sentencia C-1126 de 2004³⁴ se reiteró la protección constitucional de la familia y el derecho a la igualdad de las uniones maritales de hecho en materia prestacional. Se consideró en esta providencia que:

“La Corte ha analizado en varias oportunidades las implicaciones de esta protección constitucional y ha concluido que, (i) las familias constituidas tanto por vínculos naturales como jurídicos están en pie de igualdad; (ii) el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales; (iii) La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables, sin tener en cuenta el origen de la misma familia y (iv) la igualdad de derechos y obligaciones que le reconoce la Carta a la familia, independientemente de su origen, no implica identidad entre el matrimonio y otras formas de constitución de vínculos familiares.³⁵ De esta manera, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos como aquella constituida por vínculos naturales, es igualmente digna de respeto y protección por parte del Estado.

(...)

Por ello ha señalado también esta Corporación que “no puede el legislador expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él.”³⁶

³⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 1994, MP: Jorge Arango Mejía.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-477 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz.

c) Pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, cuando hubo convivencia simultánea del causante con la cónyuge y la compañera permanente.

El artículo 47³⁷ de La Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003) al desarrollar el orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, señalaba que cuando había convivencia simultánea, en los últimos cinco años, del causante con la cónyuge y la compañera permanente, la beneficiaria de la sustitución era la esposa. Ahora bien, mediante la sentencia C-1035 de 2008, la citada disposición fue declarada exequible de manera condicionada, bajo el entendido que también es beneficiaria de la sustitución pensional, la compañera permanente, en consecuencia la pensión se dividirá en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Para adoptar la citada decisión, la Corte determinó que la norma demandada sí establecía un trato diferenciado y preferencial, cuando había convivencia

³⁷ “Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE exequible**> 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”;

simultánea con el causante, pues para conceder la pensión de sobrevivientes se prefería al cónyuge.

A reglón seguido observó la Corte que dicha diferenciación en el trato se fundaba en una distinción de origen familiar, y que se privilegió injustificadamente a la cónyuge supérstite sobre la compañera permanente. A este respecto se determinó que:

“(...) Frente a esta regulación legislativa, considera la Corte que, de acuerdo al entendimiento de la dimensión constitucional que irradia la figura de la pensión de sobrevivientes, no existe razón alguna para privilegiar, en casos de convivencia simultánea, la pareja conformada por medio de un vínculo matrimonial, sobre aquella que se formó con base en un vínculo natural. Dicho en otras palabras, no se puede argumentar que para proteger la familia como núcleo esencial de la sociedad, se excluyan del ámbito de protección asistencial modelos que incluso la propia Carta ha considerado como tales.

Al analizar el criterio con base en el cual, en casos de convivencia simultánea, se prefiere al cónyuge a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes, la Corte no encuentra que con la norma se busque alcanzar un fin constitucionalmente imperioso. Es más, la Corte, con base en su propia jurisprudencia, estima que la distinción en razón a la naturaleza del vínculo familiar no puede constituir un criterio con base en el cual, como lo hace la disposición bajo examen, se establezcan tratamientos preferenciales que desconozcan la finalidad legal y constitucional de la pensión de sobrevivientes.

(...)

En estos términos, a pesar de que la Corte ha sostenido que el

matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones con especificidades propias y no plenamente asimilables, la jurisprudencia constitucional ha decantado que “los derechos conferidos a la familia que se conforma por cualquiera de las dos vías no son susceptibles de tratamiento diferencial cuando éste tiene como único fundamento su divergencia estructural”³⁸. Por este motivo, la Corte llega a la conclusión de que el trato preferencial que establece la expresión demandada no es constitucional.”

Ahora bien, esta Sección en sentencia del 20 de septiembre de 2007³⁹ consideró que en aplicación de los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, cuando hay conflicto entre la compañera permanente y la cónyuge supérstite, en razón de la convivencia simultánea con el pensionado, el criterio para establecer la titularidad del derecho a la sustitución pensional, se funda en el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte.

³⁸ C-879 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra). En la misma dirección la sentencia C-1287 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) sostuvo claramente que “dentro de las distinciones arbitrarias, el origen familiar como criterio para establecer un trato desigual, está expresamente prohibido por la Constitución.”. Específicamente sobre la pensión de sobrevivientes la Corte en la sentencia T-566 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte indicó que “no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio”

³⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, proceso con radicado No. 76001-23-31-000-1999-01453-01 y número interno 2410-2004

Se explicó en la citada providencia que cuando se acredita la convivencia simultánea no se justifica dar un trato diferente a la cónyuge y a la compañera permanente *“pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera”*,⁴⁰ se consideró asimismo en el referido fallo que:

“(...) bajo un criterio de justicia y equidad y en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo el 50% restante de la prestación que devengaba el extinto agente Jaime Aparicio Ocampo, distribuido en partes iguales entre la cónyuge y la compañera permanente, con quienes convivió varios años antes de su muerte, procreó hijos y a quienes prodigaba ayuda económica compartiendo lo que recibía a título de asignación mensual de retiro.”⁴¹ (Subrayado fuera de texto)

d) La cónyuge separada de hecho como beneficiaria en forma proporcional de la sustitución pensional cuando el pensionado tenía una unión marital de hecho por más de 5 años al momento del fallecimiento.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ídem.

El artículo 47⁴² de la Ley 100 de 1993 en el inciso 3 del literal b), igualmente reguló en la segunda parte, quién es el beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante *“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”*.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta norma en la sentencia C-336⁴³ de 2014, en donde se determinó que el precepto en comento no viola el derecho a la igualdad de la compañera permanente que debe compartir la pensión de sobrevivientes con la cónyuge separada de hecho, pues no se está frente a idénticos supuestos fácticos, pues la cónyuge con sociedad conyugal vigente y que no convivía al momento de la muerte con el causante, y la última compañera permanente, pertenecen a grupos diferentes. A este respecto se retomó la jurisprudencia constitucional que indica la diferenciación existente entre el matrimonio y la unión marital de hecho.

⁴² Modificado por el artículo [13](#) de la Ley 797 de 2003

⁴³ M.P. Mauricio González Cuervo.



Se explicó que la separación de hecho, aunque suspenda la convivencia y el apoyo mutuo, no limita los efectos de la sociedad patrimonial conformada en razón del matrimonio, de ahí que no nazca a la vida jurídica la sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes. Así, se expone en la providencia que el legislador en la norma demandada *“ponderó los criterios de la sociedad patrimonial existente entre los consortes y la convivencia efectiva consolida (sic) con antelación al inicio de la unión marital de hecho, mediante la asignación de una cuota parte de la pensión”*⁴⁴.

Resaltó la Corte que es constitucionalmente justificada la medida adoptada *“en tanto que ambos beneficiarios –compañero permanente y cónyuge con separación de hecho- cumplen con el requisito de convivencia, el cual se armoniza con los efectos patrimoniales de cada institución, pues los haberes del matrimonio siguen produciendo efectos jurídicos ya que la separación de hecho no resta efectos a la sociedad patrimonial existente entre el causante y su cónyuge sobreviviente. Es decir, que pese a que el de cujus conviviera por el término mínimo de cinco años con un compañero permanente, la sociedad de hecho entre estos dos no se conformó al estar vigente la del matrimonio.”*

Finalmente se concluyó que *“en protección y reconocimiento del tiempo de convivencia y apoyo mutuo acreditado por el miembro sobreviviente de la*

⁴⁴ Ídem.

unión marital de hecho, que el legislador le otorgó el beneficio de una cuota parte de la pensión frente a la existencia de una sociedad conyugal. En conclusión, la norma busca equilibrar la tensión surgida entre el último compañero permanente y la el cónyuge con el cual a pesar de la no convivencia no se disolvieron los vínculos jurídicos. Por todo lo anterior, la norma acusada es constitucional y será declarada exequible.”

Así pues, atendiendo las anteriores consideraciones, la Sala señalará la modalidad de la pensión de sobrevivientes que se otorga al beneficiario en caso de que se cumplan con las condiciones establecidas para ello:

Beneficiario	Modalidad de la pensión	Condiciones
Cónyuge o Compañero permanente mayor de 30 años de edad.	Vitalicia	Edad cumplida al momento del fallecimiento y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.
Compañero permanente	Cuota parte	Sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir
Cónyuge y Compañero permanente	Partes iguales	Convivencia simultánea durante los 5 años anteriores a la muerte.
Cónyuge con separación de hecho y Compañero	Partes iguales	Inexistencia de convivencia simultánea, acreditación por parte del cónyuge de la separación de hecho, compañero permanente con

permanente		convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.
Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.	Temporal -20 años-	No haber procreado hijos con el causante.
Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.	Vitalicia	Haber procreado hijos con el causante y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.

ii) Del análisis del caso concreto.

La señora Carlina Sierra Isaza de Zapata sostuvo en su recurso de apelación, que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.), porque fue ella quien convivió por más de 50 años y, además, nunca efectuó la cesación de los efectos civiles en matrimonio católico.

Pues bien, con miras a resolver el punto objeto de controversia, conforme al material probatorio obrante en el expediente, la Sala realizará las siguientes precisiones:



A folio 4 se evidencia el Registro Civil de Matrimonio de los señores Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) y Carlina Sierra Isaza de Zapata en el cual se evidencia que contrajeron nupcias el 13 de mayo de 1936.

A través de la Escritura Pública 3.314 del 4 de diciembre de 1989 de la Notaria Primera del Círculo de Medellín, los señores Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) y Carlina Sierra Isaza de Zapata liquidaron la sociedad conyugal que habían mantenido desde momento en que contrajeron matrimonio⁴⁵.

El 5 de diciembre de 1997 el Juzgado 4º de Familia de Medellín declaró la existencia de la sociedad marital y patrimonial de hecho entre compañeros permanentes⁴⁶, los señores Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) y Luz Margarita Rodríguez Viloría por haberse dados las circunstancias enlistadas en la Ley 54 de 1990⁴⁷.

⁴⁵ Visible a folios 6 a 8 del expediente.

⁴⁶ Visible a folios 138 y 139 del cuaderno 2.

⁴⁷ "(...) **Artículo 2o.** Modificado por el art. 1 de la Ley 979 de 2005. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes.

(...)"



De conformidad con el Registro Civil de Defunción, el señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) falleció el 4 de mayo de 2009⁴⁸.

Por medio de la Resolución 0637 de 2 de julio de 2009 el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República resolvió sustituir de forma provisional la pensión de jubilación que disfrutaba el señor Gilberto Zapata Isaza, a favor de: Fabián David Zapata Rodríguez en un 16.66%; Valentina Zapata Rodríguez en un 16.66%; y, Carmen Lucrecia Zapata Sierra en 16.66%.

Mediante Resolución 0970 de 18 de septiembre de 2009 la misma autoridad administrativa sustituyó de manera definitiva la pensión de jubilación del señor Gilberto Zapata Isaza de la siguiente forma: en un 50% a Luz Margarita Rodríguez Vilorio, 16.66% a Fabián David Zapata Rodríguez; 16.66% a Valentina Zapata Rodríguez; y, 16.66% a Carmen Lucrecia Zapata Sierra.

En virtud de la Resolución 1187 de 12 de noviembre de 2009 el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, al resolver el recurso de reposición presentado por la señora María Carlina

⁴⁸ Visible a folio 160, cuaderno 2.



Sierra de Zapata, confirmó la Resolución 0970 de 18 de septiembre de 2009 en todas y cada una de sus partes⁴⁹.

De acuerdo con el Registro Civil de Defunción que obra a folio 46 se encuentra probado que el señor Carmen Lucrecia Zapata Sierra falleció el 8 de mayo de 2011.

El 16 de noviembre de 2012 la señora María Carlina Sierra de Zapata solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite desde el 5 de mayo de 2009⁵⁰.

Por medio del Oficio 2012000484011 de 11 de diciembre de 2012 la Subdirectora de Prestaciones Económicas del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante por considerar que el 28 de agosto de 1998 el señor Gilberto Zapata Isaza había radicado una solicitud de designación de beneficiarios en la que dejó consignada que la señora Luz Margarita Rodríguez Vloria era su compañera permanente⁵¹.

⁴⁹ Visible a folios 28 a 32 del expediente.

⁵⁰ Visible a folios 33 a 35 del expediente.

⁵¹ Visible a folios 42 a 44 del expediente.



A folio 110 y 114 del cuaderno de pruebas, se encuentran los discos compactos en donde se registraron las declaraciones de los señores Margarita Lucía Cárdenas de Sierra, Juan Federico Alexander Zapata Pérez, Martha Garcés de Borja, Olga Lucia Zapata Cuervo, Jorge Iván Mejía Martínez, Miguel Ángel Acevedo Noreña, Rosalba Caro Álvarez, Gabriela Higuera Sierra, Horacio Girón Sierra,

Analizada la prueba documental y testimonial recaudada bajo las reglas de la sana crítica, se infiere que del matrimonio que contrajo la actora con el señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) el 13 de mayo de 1936, convivieron en condiciones de estabilidad y permanencia durante 54 años aproximadamente, porque una vez se separaron de hecho, a partir del año de 1989 y hasta el 4 de mayo de 2009, fecha de su muerte, el citado señor convivió con la señora Luz Margarita Rodríguez Viloría, es decir, durante los últimos 20 años.

En efecto, todos los deponentes coincidieron en señalar que los señores Carlina Sierra Isaza de Zapata y Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) se separaron de hecho desde el año de 1989 y, además, que posteriormente el citado señor conformó una sociedad marital y patrimonial entre compañeros permanentes con la señora Luz Margarita Rodríguez Viloría, la cual fue declarada el 5 de diciembre de 1997 por el Juzgado 4º de Familia de Medellín.

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 literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993⁵², 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 Sierra⁵³ 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 3º del literal b) del artículo

⁵² “(...) **ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

<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; (...).”

⁵³ De acuerdo con la sentencia de 12 de octubre de 1999 del Juzgado Trece de Familia de Medellín, la señora Carmen Lucrecia Zapata Sierra fue declarada interdicta debido a serios trastornos cerebrales.



47 de la Ley 100 de 1993⁵⁴ 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 conyugal.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2014⁵⁵, sobre la cual se realizó un estudio previamente, al declarar exequible la expresión *“la otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”* contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de Ley 797 de 2003 dispuso que la separación de hecho suspende los efectos

⁵⁴ “(...) 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; (...)”.

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-336 de 4 de junio de 2014, M. P. Dr. Mauricio González Cuervo.



de la convivencia y apoyo mutuo, más no los de la sociedad patrimonial conformada entre los cónyuges, además dispuso que:

“(...) 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 consolidada 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.
(...)”.*

En el presente caso, se evidencia que además de que la señora María Carlina Sierra de Zapata liquidó la sociedad conyugal con el señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) en el año de 1989, éste conformó una unión marital de hecho y una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes con la

señora Luz Margarita Rodríguez Viloría el 5 de diciembre de 1997⁵⁶, con lo cual se puede afirmar, que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por cuanto los efectos patrimoniales cesaron una vez se liquidó la sociedad conyugal.

Así pues, el hecho de que las personas que conforman un matrimonio se separen de hecho y además liquiden su sociedad conyugal, a pesar de que no terminen los demás efectos civiles del matrimonio católico como lo es el estado civil de la persona, son causales suficientes para perder aquél derecho que le otorga la Ley 100 de 1993 en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se refiere, por cuanto, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial que alguna vez conformaron.

No obstante, el cónyuge supérstite si puede tener derecho al reconocimiento de la mencionada prestación, si demuestra el apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común durante los últimos 5 años a la muerte del pensionado o afiliado, o en su defecto, que pruebe que la sociedad conyugal que conformó producto del matrimonio, no ha perdido los efectos patrimoniales.

⁵⁶ Ver folios 138 y 139 del cuaderno 2



Es que si bien no se puede dejar en un estado de desprotección a quien contribuyó en la formación de aquellos aportes necesarios para el reconocimiento pensional, aunque sea de manera indirecta dada la conformación de la sociedad conyugal como ocurrió en el *sub lite*, pues la señora María Carlina Sierra de Zapata fue la encargada de cuidar de sus ocho hijos mientras su esposo proveía todas las necesidades económicas del hogar⁵⁷, resulta que aquella expectativa de tener la pensión de sobrevivientes se quebranta una vez existe una separación de hecho y se liquida dicha sociedad, específicamente, porque al momento en que ello ocurre, se consolida con respecto a ambos cónyuges el activo social que será la base para el inventario en el proceso de liquidación. En ese instante los cónyuges se vuelven titulares de derechos de contenido económico, y por consiguiente, cesa el derecho de usufructo que tiene la sociedad sobre los bienes y/o perspectivas de cualquier haber entre cónyuges.

En consecuencia, la Sala, con fundamento en los argumentos expuestos en esta providencia, confirmará la sentencia del *A – quo* mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda interpuesta por la señora María Carlina Sierra de Zapata.

⁵⁷ Información tomada de las declaraciones rendidas dentro del proceso.



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

CONFIRMAR la sentencia de 30 de octubre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora María Carlina Sierra de Zapata en contra del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y los señores Luz Margarita Rodríguez Viloría, Fabián David y Valentina Zapata Rodríguez, de conformidad a lo expuesto a la parte motiva de la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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



**CARMELO PERDOMO CUÉTER
CORTÉS**

CÉSAR PALOMINO

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ