



Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)
Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

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

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C, nueve (9) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)
Actor: XIOMARA ELVIRA AVENDAÑO SEÑA Y OTROS
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

LEY 1437 DE 2011

Decide la Sala de Subsección los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Allison González Díaz y de Xiomara Elvira Avendaño, contra la sentencia de 3 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que declaró la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución 7455 del 08 de agosto de 2012 y ordenó reconocer y pagar una pensión de sobreviviente del señor Luis Carlos Pérez Mendivil, en los términos que más adelante se precisan.

I. ANTECEDENTES

En el proceso se acumularon las siguientes demandas y fueron vinculadas las personas que se enuncian a continuación:

1. La demanda contencioso administrativa¹ presentada por Xiomara Elvira Avendaño Seña quien actúa en nombre propio y como representante de su hijo menor David José Pérez Avendaño; además de Cristian Daniel Pérez Avendaño, Carlos Andrés Pérez Avendaño, Luis Fernando Pérez Avendaño y Luisa Milagro Pérez Alvarado (mayores de edad); Ernestina Díaz Payares en representación de sus hijos Mateo Germán Pérez Díaz y Mathias Jesús Pérez Díaz; Ady Meléndez

¹¹¹ Si bien es cierto el proceso iniciado por Xiomara Elvira Avendaño inició ante la jurisdicción ordinaria laboral, una vez se advirtió la falta de competencia y se remitió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ordenó ajustar la demanda por medio del auto de 7 de marzo de 2014 (folio 236 cuaderno principal 2), y la apoderada de los demandantes procedió a realizar la corrección, tal como consta en los folios 239 a 261 del cuaderno principal 2.



Cárdenas en representación de sus hijos Maryú Pérez Meléndez y Mario Luis Pérez Meléndez; Rosmira Morales Merlano en representación de su hija Andrea Pérez Morales; Angélica Cabarcas Román en representación de su hija Valentina Pérez Cabarcas; Sandra Divina Cárdenas Herrera, en representación de sus hijos Mario Alejandro Pérez Cárdenas y Luisa Natalia Pérez Cárdenas; Ilena María Pérez Romero en representación de sus hijas Luisa Fernanda, María Paula, y Natalia Alejandra Pérez Pérez; Geomarys Alvarado Ozuna en representación de su hijo Luis Carlos Pérez Alvarado.

2. La demanda ordinaria laboral, presentada por Arleth Patricia Narváez Reyes² quien actúa en nombre propio y como representante de sus menores hijos Andrés Felipe, Andrea Carolina y María Ángel Pérez Narváez;

Adicionalmente, en la etapa de saneamiento de la audiencia inicial³ se ordenó «acoplar las demandas» y de esa forma se vinculó al proceso a la señora Allison González Díaz, quien actúa en nombre propio y como representante de su menor hija Karol Marcela Pérez González.

Las demandantes pretenden la nulidad de la Resolución 7455 del 8 de agosto de 2012, por medio de la cual se concedió una pensión de sobrevivientes a los hijos de Luis Carlos Pérez Mendivil, pero se dejó en suspenso el estudio y reconocimiento del derecho a la cuota parte de las señoras Xiomara Elvira Avendaño Seña, Arleth Patricia Narvaez y Allison González Díaz, así como de los siguientes hijos: María Ángel Pérez Narvaez, María Paula Pérez Pérez, Luisa Milagros Pérez Alvarado, Carlos Andrés Pérez Avendaño, Luis Fernando Pérez Avendaño, Cristian Daniel Pérez Avendaño.

De las pretensiones de las demandas:

Tan solo en la demanda presentada por Xiomara Elvira Avendaño Seña se solicitó

² La señora Arleth Patricia Narváez Reyes acudió ante la justicia ordinaria laboral; tal como consta en el cuaderno correspondiente al expediente 2013-00052. Debe tenerse en cuenta de que a pesar de que la misma actora presentó desistimiento de la demanda, y que el mismo fue aceptado, tal como consta en el folio 226 del cuaderno relativo al proceso de la referencia, el Tribunal Administrativo de Sucre tuvo en cuenta los argumentos de la mencionada demanda para efectos de la solución que adoptó.

³ Folio 389 del cuaderno principal 2.



Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)
Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

la nulidad del referido acto administrativo. Como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se le reconozca la pensión de sobrevivientes en condición de compañera permanente exclusiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, esto es 45% del ingreso base de liquidación, más un 2% adicional por cada 50 semanas adicionales a las primeras 500, para un total de 67%, y no 45%, como equivocadamente se estableció en el acto administrativo demandado.

Adicionalmente, demandó que se paguen los intereses establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y a la suma anterior se le agreguen intereses moratorios a la tasa más alta vigente, desde el momento en que se hizo la solicitud de la pensión.

Además, que se paguen intereses respecto del reajuste o reliquidación de la pensión, desde que se cumplió el término para su causación.

Así mismo, que se indexe la primera mesada pensional.

Por su parte, la señora Arleth Patricia Narváez, en la demanda ordinaria laboral que presentó, solicitó que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de manera exclusiva.

Además, que se reliquide el valor de la mesada pensional que afecta la cuota de Andrés Felipe Pérez Narváez, Andrea Carolina Pérez Narváez, y María Angel Pérez Narváez y se calcule en el valor real que corresponda con el IBL aplicable, con el número de semanas cotizadas por su padre, de acuerdo con las semanas cotizadas por este.

Así mismo, que se pague el retroactivo desde el 28 de julio de 2011.

Sumado a lo anterior, que se reconozcan y paguen intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y que se condene a las señoras Xiomara Elvira Avendaño y Allison González a pagar las costas y agencias en derecho.

1. HECHOS RÉLEVANTES.

Da las demandas que dieron origen al presente proceso se extraen los siguientes



hechos relevantes para efectos de la decisión que ha de adoptarse:

- 2.1. Luis Carlos Pérez Mendivil estuvo vinculado a la Rama Judicial desde el 22 de enero de 1991 hasta el 27 de julio de 2011, fecha en la que falleció.
- 2.2. El señor Luis Carlos Pérez Mendivil y la señora Xiomara Elvira Avendaño Seña, son los padres de Cristian Daniel Pérez Avendaño, Carlos Andrés Pérez Avendaño, Luis Fernando Pérez Avendaño y David José Pérez Avendaño.
- 2.3. Arleth Patricia Narváez Reyes y el causante, son padres de Andrés Felipe Pérez Narvaez, Andrea Carolina Pérez Narvaez y María Ángel Pérez Narváez;
- 2.4. La señora Allison González Díaz y el causante, son los padres de Karol Marcela Pérez González.
- 2.5. Las señoras identificadas previamente reclamaron la pensión de sobrevivientes en calidad de compañeras permanentes del mencionado señor de manera exclusiva.
- 2.6. Adicionalmente, Luis Carlos Pérez Mendivil es padre de: Luisa Milagro Pérez Alvarado, Mateo Germán Pérez Díaz, Mathias Jesús Pérez Díaz, Maryú Pérez Meléndez, Mario Luis Pérez Meléndez, Andrea Pérez Morales, Valentina Pérez Cabarcas, Mario Alejandro Pérez Cárdenas, Luisa Natalia Pérez Cárdenas, Luisa Fernanda Pérez Pérez, María Paula Pérez Pérez, Natalia Alejandra Pérez Pérez, Luis Carlos Pérez Alvarado.
- 2.7. Por medio de la Resolución 7455 del 8 de agosto de 2012 se reconoció la pensión de sobreviviente a los deudos del mencionado señor, en los siguientes términos:

«ARTÍCULO PRIMERO: DEJAR en suspenso el estudio y reconocimiento del derecho a la cuota parte pensional a las señoras ARLETH PATRICIA NARVÁEZ, ALLISON GONZÁLEZ DÍAZ y XIOMARA ELVIRA AVENDAÑO SEÑA, en condición de compañeras permanentes, con ocasión del fallecimiento del asegurado LUIS CARLOS PÉREZ MENDIVIL (q.e.p.d.)



(...)

ARTÍCULO SEGUNDO: Conceder pensión de sobrevivientes a los hijos del causante menores de edad en las condiciones señaladas en el literal (b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Literal (sic) (c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en el siguiente orden:

1. ÁNDRES FELIPE PÉREZ NARVÁEZ, ANDREA CAROLINA PÉREZ NARVÁEZ y MARÍA ÁNGEL PÉREZ NARVÁEZ, representados legalmente por la señora ARLETH PATRICIA NARVÁEZ REYES, cada uno percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional;
2. CAROL (sic) MARCELA PÉREZ GONZÁLEZ, representada legalmente por la señora ALLISON GONZÁLEZ DÍAZ, (...) quien percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional;
3. DAVID JOSÉ PÉREZ AVENDAÑO, representado legalmente por la señora XIOMARA ELVIRA AVENDAÑO SEÑA, (...) quien percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional;
4. LUISA FERNANDA PÉREZ PÉREZ, MARÍA PAULA PÉREZ PÉREZ y NATALIA ALEJANDRA PÉREZ PÉREZ, representados por la señora ILENA MARÍA PÉREZ ROMERO, (...) cada uno percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional;
5. VALENTINA PÉREZ CABARCAS, representada por la señora ANGÉLICA MARÍA CABARCAS ROMÁN, (...) quien percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional;
6. MARIO ALEJANDRO PÉREZ CÁRDENAS y LUISA NATALIA PÉREZ CÁRDENAS, representados por la señora SANDRA DIVINA CÁRDENAS HERRERA, (...) cada uno percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional;
7. LUIS CARLOS PÉREZ ALVARADO, representado por la señora GEOMARIS ALVARADO OZUNA, (...) cada uno (sic) percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional;
8. ANDREA CAROLINA PÉREZ MORALES, representada por la señora ROSMIRA DEL CARMEN MORALES MERLANO, (...) quien percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional;
9. MARIÚ PÉREZ MELÉNDEZ y MARIO LUIS PÉREZ MELÉNDEZ, representados por la señora ADY DEL SOCORRO MELÉNDEZ CÁRDENAS, (...) cada uno percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional;
10. MATEO GERMÁN PÉREZ DÍAZ y MATÍAS JESÚS PÉREZ DÍAZ, representados por la señora ERNESTINA CHE DÍAZ PAYARES, (...) cada uno percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional;
11. LUISA MILAGROS PÉREZ ALVARADO, (...) quien percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional;
12. CARLOS ANDRÉS PÉREZ AVENDAÑO, (...) quien percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional;
13. LUIS FERNANDO PÉREZ AVENDAÑO, (...) quien percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional;
14. CRISTIAN DANIEL PÉREZ AVENDAÑO, (...) quien percibirá un 2,39% del 50% de la mesada pensional.

Se advierte que los cuatro (4) últimos beneficiarios, por ser mayores de edad dependientes del causante al momento del deceso, quedarán en suspensó el giro de la cuota parte pensional hasta acreditar idóneamente la procedencia del derecho, atendiendo las razones expuestas en la parte motiva del presente acto. (...)



Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)

Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

La liquidación se basó en 541 semanas cotizadas con un ingreso base de liquidación de \$ 4.185.449

(...)

ARTÍCULO TERCERO: DEJAR en suspenso el giro de la cuota parte de la mesada correspondiente a los menores MARÍA ANGEL PÉREZ NARVÁEZ y MARÍA PAULA PÉREZ PÉREZ y de los señores CARLOS ANDRÉS PÉREZ AVENDAÑO, LUIS FERNANDO PÉREZ AVENDAÑO, CRISTIAN DANIEL PÉREZ AVENDAÑO y LUISA MILAGROS PÉREZ ALVARADO, hasta tanto acrediten los requisitos señalados en la presente resolución».

2.8. La apoderada de la señora Xiomara Elvira Avendaño Seña interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la anterior decisión, por medio de memorial remitido a la entidad demandada el 28 de diciembre de 2012.

2.9. La entidad demandada guardó silencio en relación con dicha petición, motivo por el cual se configuró el silencio administrativo negativo.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

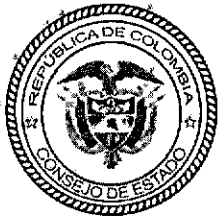
Las demandantes coinciden en señalar que son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes establecida en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, por tratarse de compañeras permanentes del señor Luis Carlos Pérez Mendivil.

Adicionalmente, pusieron de presente que la liquidación de la prestación no tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, que establece que el monto de la pensión corresponde al 45% del IBL, más un 2% adicional por cada 50 semanas adicionales.

En ese sentido, señalaron que el señor Pérez Mendivil trabajó al servicio de la Rama Judicial por un lapso de veinte años, 6 meses y 5 días, por lo que la liquidación debía corresponder al 67% del IBL.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

4.1. En el proceso laboral ordinario iniciado por la señora Xiomara Elvira Avendaño Seña se constituyeron como parte demandada, Colpensiones, así como las señoras Arleteh Narváez Reyes y Allison González Díaz.



Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)

Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

Es preciso poner de presente que en el trámite adelantado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el Tribunal Administrativo de Sucre admitió la demanda y ordenó retomar el conocimiento del asunto en el estado en el que se encontraba (folio 360 del expediente).

En ese momento procesal no se ordenó correr traslado de la demanda admitida ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y el Tribunal Administrativo de Sucre tuvo como válidas las contestaciones presentadas por el entonces Instituto de Seguros Sociales (folios 147 a 152 del cuaderno principal 1), así como por la apoderada de la señora Arleth Patricia Narváez (folios 166 a 174 del cuaderno principal 1), y por el apoderado de la señora Allison González Díaz (folios 194 a 200 del cuaderno principal 1).

El Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, dio contestación a la demanda ordinaria laboral en el escrito que se encuentra en los folios 147 a 152 del cuaderno principal 1, en el que se opuso a las pretensiones.

En relación con el fondo de la demanda señaló que no existe certeza de a cuál de las señoras que alegan la condición de compañeras permanentes, le corresponde el derecho a la pensión de sobreviviente, razón por lo que no es posible tomar una posición a favor o en contra de algunas de ellas, sino que la justicia debe definir dicho evento.

Además, propuso las excepciones de falta de reclamación administrativa y prescripción.

Por su parte, la señora apoderada de Arleth Patricia Narváez contestó la demanda ordinaria laboral tal como consta en los folios 166 a 174 del cuaderno principal 1, en la que se opuso a las pretensiones de la demanda.

En la misma señaló que si bien es cierto que el señor Pérez Mendivil falleció en la residencia de Xiomara Elvira Avendaño, también lo es que todos los días desayunaba, almorzaba y cenaba en la residencia que este compartía con la señora Narváez Reyes.



Así mismo, indicó que desde el 24 de mayo de 2001 se constituyó un hogar entre el mencionado señor y la referida Arleth Patricia Narváez, y de acuerdo con las afirmaciones hechas por Luis Carlos Pérez Mendivil no mantenía relaciones con Xiomara Elvira Avendaño, y que aun si ello fuera cierto, no era un obstáculo para que este tuviera otro hogar.

Ahora bien, el apoderado de Allison González contestó la demanda ordinaria laboral tal como consta en los folios 194 a 200 del cuaderno principal 1, en escrito en el que se opuso a las pretensiones de la misma.

Al respecto, señaló que entre el señor Pérez Mendivil y Allison González existió convivencia permanente desde el año 2006 hasta el 2011, y que la misma inició desde el año 2002.

En su escrito propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de causa para pedir, pues la señora González Díaz no tiene competencia para reconocer pensiones.

Además propuso la excepción de prescripción respecto de todo derecho o circunstancia que «eventualmente llegare a ser probado en su contra que hayan (sic) tenido un transcurso de tiempo de tres (3) o más años desde cuando se hizo exigible, conforme a lo previsto en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.».

4.2. En relación con la demanda ordinaria laboral presentada por la señora Arleth Narváez Reyes, pese a que se desistió de la misma y que el juez de conocimiento aceptó el mencionado desistimiento, tal como consta en el folio 226 del cuaderno relativo al expediente ordinario con radicado 2013-00052, el Tribunal Administrativo de Sucre tuvo en cuenta los argumentos expuestos en los escritos de contestación que se presentaron en el proceso de la referencia.

Al respecto se encuentra que Colpensiones presentó el escrito de contestación que se encuentra en los folios 109 a 111 del cuaderno principal del proceso adelantado con el radicado 2013-00052, en el que se opuso a las pretensiones, y en el que señaló que en casos de controversia suscitada entre pretendidas beneficiarias, la



administradora de pensiones debe abstenerse de resolver derecho alguno, ya que dicho conflicto de interés debe ser dirimido por la justicia.

Además, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

Por su parte, las señoras Ernestina Díaz Payares (folios 186 a 191 del cuaderno correspondiente al expediente 2013-00052) en representación de sus hijos Mateo Germán y Matías Jesús, Xiomara Elvira Avendaño Seña (folios 215 a 223 del cuaderno correspondiente al expediente 2013-00052), en nombre propio y de su hijo David José Pérez Avendaño; e Ilena Pérez Romero en representación de sus hijos Luisa Fernanda, Natalia Alejandra y María Paula Perez (folios 230 a 235 del expediente 2013-00052), contestaron la demanda y se opusieron a las pretensiones.

En las contestaciones se señaló que la demandante no reúne los requisitos para tenerse como compañera permanente de Luis Carlos Pérez Mendivil.

Adicionalmente, en las contestaciones presentadas por Ernestina Díaz Payares e Ilena Pérez Romero se propusieron las excepciones de de pleito pendiente entre las mismas partes, prescripción de la acción para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, temeridad o mala fe, falta de documento o de un principio de prueba por escrito y falta de lealtad procesal.

5. DECISIONES RELEVANTES EN EL TRÁMITE DE LA AUDIENCIA INICIAL

En el trámite de la audiencia inicial, el litigio fue fijado en los siguientes términos:

«Con relación a la señora Xiomara Avendaño Seña:

(...)

Como hechos relevantes no probados, establece el que hace referencia a:
1) El derecho de (los) demandantes a que se le reliquide la pensión de sobreviviente reconocida por estar el causante amparado por el beneficio del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) La calidad de compañera permanente de la señora Xiomara Avendaño Seña con el causante Luis Carlos Pérez Mendivil, durante los tres últimos



Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)

Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

años de vida.

Con relación a la señora Allison González Díaz:

(...)

Como hechos relevantes no probados, establece el que hace referencia a:

1) La calidad de compañera permanente de la señora Allison González Díaz, con el causante Luis Carlos Pérez Mendivil, durante los tres últimos años de vida.

Con relación a la señora Arleth Patricia Narváez Reyes:

(...)

2) (sic) La calidad de compañera permanente de la señora Arleth Patricia Narvaez, con el causante Luis Carlos Pérez Mendivil, durante los últimos tres años de vida.

3) (sic) El derecho de las (los) demandantes a que se reliquide la pensión de sobrevivientes a partir del 27 de julio de 2011, con base en el 67% del promedio devengado durante los últimos diez (10) años de servicios incluyendo las últimas semanas de conformidad con el Decreto 758 de 1990 y no conforme al 45% del mismo.

(...)

El Magistrado señala que la controversia gira en torno a determinar lo siguiente:

1). Cuál es el régimen pensional aplicable a la pensión de sobreviviente reconocida a las (los) demandantes a que se reliquide la pensión de sobrevivientes.

2. (sic) Tienen derecho las (los) demandantes a que se reliquide la pensión de sobrevivientes.

3. ¿Resulta procedente reconocer en calidad de compañera permanente el derecho a la pensión de sobreviviente del señor Luis Carlos Pérez Mendivil para efectos de asignar la cuota parte de la pensión de sobreviviente reconocida en la Resolución N° (sic) 00007455 de agosto de 2012»⁴.

6. LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Sucre, mediante sentencia de 3 de septiembre de 2015 accedió a la nulidad parcial de la Resolución demandada y adoptó las decisiones que a continuación se resumen:

⁴ Folios 390 a 392 del cuaderno principal 2.



Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)
Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

En primer lugar, encontró acreditado que el señor Pérez Mendivil estuvo vinculado desde el 22 de enero de 1991, hasta el 27 de julio de 2011, fecha de su fallecimiento, con la Rama Judicial.

Posteriormente, entró a revisar cuál o cuáles de las reclamantes tenían la calidad de compañera permanente, para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes:

a. En relación con la señora Xiomara Elvira Avendaño Seña:

Al respecto, encontró que efectivamente se acreditó la condición de compañera permanente, a partir de las siguientes pruebas:

1. El testimonio del hermano del difunto, señor Vicente Pérez Mendivil (Min. 11:31 a 19:38 P.1, Aud. de Pruebas, CD fl. 406 cuaderno principal 3), quien en condición de hermano del causante acreditó que la señora Avendaño convivió con su hermano más o menos desde el año 1987 hasta el momento de la muerte de este, la cual se produjo en la casa en la que convivían juntos, y que no hubo ninguna ruptura en la relación de ambos.

2. El testimonio de Yira Chadid Bitar (Min. 21:02 a 29:20 P.I, Aud. de Pruebas, CD fl. 406): quien a su vez declaró que la única esposa que le conoció al causante fue la señora Xiomara Avendaño Seña, pues le consta que ellos compartían su vivienda, pese que desconocía si estaban casados. Así mismo, manifestó que compartió muchos momentos con la pareja, y señaló que siempre vio al señor Luis Carlos Pérez Mendivil en la casa de la mencionada demandante hasta el momento de su muerte, hecho que se produjo en la vivienda que estos compartían.

Así mismo, indicó que conoció a la pareja por un lapso cercano a los 30 años, y que nunca en ese término escuchó que se habían separado o que él abandonara su hogar.

3. Testimonio de Ángela Castro Montes (Min. 1:11:15 P. 1 a 06:00 P.2, Aud. de Pruebas, CD fl. 406, cuaderno principal 3): señaló que la relación entre Luis Carlos Pérez Mendivil y la señora Xiomara Avendaño Seña era una relación normal, por el



trato y posición que el señor Luis Carlos le daba a la mencionada de mandante, a quien consideraba como su compañera permanente. En ese sentido, afirmó que esta era la persona con quien él pernoctaba, y con quien hacía vida familiar. Además, que falleció en la casa donde vivían juntos. Así mismo, indicó que el día del sepelio, la señora Avendaño fue la persona que estuvo al frente, junto con sus hijos.

El Tribunal Administrativo de Sucre con base en las anteriores pruebas estableció la condición de compañera permanente de Xiomara Elvira Avendaño Seña, pues convivió con Luis Carlos Pérez Mendivil por un lapso superior a los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento. Los testigos reconocieron además que el fallecido consideró públicamente a la mencionada señora como su compañera permanente, prueba de ello es que fue ésta quien asumió tal calidad para efectos de presentación en los actos conmemorativos realizados con ocasión del deceso.

A lo anterior agregó que la misma Arleth Patricia Narváez Reyes en su escrito de demanda, señaló que el causante fue compañero permanente de la señora Avendaño Seña.

b. En relación con Arleth Patricia Narváez Reyes:

La señora Arleth Patricia Narváez Reyes manifestó haber convivido con el señor Luis Carlos Pérez Mendivil desde el 24 de mayo de 2001 hasta la fecha de su muerte, bajo un mismo techo en calidad de compañera permanente y que, fruto de esa unión, nacieron sus hijos Andrés Felipe, Andrea Carolina, y María Ángel Pérez Narváez.

El Tribunal Administrativo de Sucre encontró acreditada la convivencia con base en las siguientes pruebas:

1. Testimonio rendido por la señora Isney Isabel Mayoriano Díaz (Min. 31:51 a 47:15 P.I, Aud. de Pruebas, CD fol. 406, cuaderno principal 3): Manifestó conocer a la señora Arleth Patricia Narváez Reyes, por haber sido empleada de ella. Señaló que la mencionada señora vivía con Luis Carlos Pérez Mendivil, hecho que está en capacidad de acreditar porque convivió con ellos durante el tiempo que estuvieron



juntos.

Así mismo, indicó que conoció a la pareja desde que empezaron a vivir, en el año 2001, cuando comenzó a trabajar con la pareja. Además, manifestó que el señor Luis Carlos Pérez Mendivil estaba a cargo del hogar, pues la señora Arleth Narváez estudiaba y él le pagaba sus estudios, así como los demás gastos del hogar. A lo anterior agregó que vivían en el barrio Nuevo Majagual, y que la convivencia de la pareja se extendió hasta el día de la muerte del señor Pérez.

2. Testimonio rendido por el señor Francisco José Uribe Jaraba (Min. 48:49 a 1:09:45 P.1, Aud. de Pruebas, CD fol. 406, cuaderno principal 3): En el mismo, el declarante manifestó que conoce a la señora Arleth Patricia Narváez Reyes y a sus hijos. Así mismo, sostuvo que conoció al señor Luis Carlos en el año 2000 cuando hizo la judicatura en el Tribunal Superior de Sincelejo y se forjó una amistad. Así mismo, señaló que, desde el momento que conoció al mencionado señor le conoció varias relaciones sentimentales, pues era su "compinche". Específicamente en relación con la señora Arleth Patricia, le comentó que la había "sacado a vivir", le alquiló una casa durante un tiempo, le compró un lote para hacerle una casa pues estaba enamorado de ella, y a partir de allí fue un asiduo asistente a la vivienda. Así mismo, indicó que la señora Arleth Patricia estudió en la universidad con su esposa y a partir de ese momento salían a paseos, junto con los hijos de Arleth y q veces con uno de los hijos mayores de Luis Carlos.

Además, sostuvo que desde que el momento en que conoció al señor Luis Carlos, este asistió pocas veces a la vivienda de la señora Avendaño con sus hijos, y que era poca la relación de pareja con la mencionada señora.

Por otra parte, sostuvo que el señor Luis Carlos pagaba los servicios y demás gastos de la vivienda que compartía con Arleth Patricia. Indicó el testigo que cuando conoció a la señora Arleth Patricia estudiaba para tener un salón de belleza, el cual efectivamente tuvo hasta el año 2003.

c. Respecto de la señora Allison González Díaz:

El Tribunal Administrativo de Sucre no encontró acreditada la convivencia entre la



mencionada señora y el causante, conclusión a la que llegó de acuerdo con los siguientes argumentos: en primer lugar, a partir de la declaración realizada por la señora Xiomara Elvira Avendaño, quien negó que el señor Luis Carlos Pérez Mendivil haya convivido con la señora Allison González Díaz, pues fue una relación esporádica.

Por otro lado, sostuvo que en las declaraciones de los testigos con base en los cuales se pretendió acreditar la convivencia, se incurrió en varias inconsistencias. Por ejemplo, la testigo Viviana Paola Álvarez Díaz manifestó que el señor Luis Carlos Pérez Mendivil pernoctaba en la casa de la señora Allison González Díaz, pero luego dijo que este llegaba todos los días temprano en la mañana. Por otra parte, la testigo Blanca Consuelo Díaz Prasca, manifestó que trabajó con la señora Allison González Díaz desde el 2001 y hasta días antes del fallecimiento del señor Luis Carlos, señaló que no tuvo conocimiento de que la señora González Díaz haya tenido otro hijo, cuestión que fue señalada por otros testigos y aún por la señora Viviana Paola Álvarez Díaz.

A continuación se refirió al régimen aplicable al caso.

En cuanto a este aspecto, señaló que para el momento en que falleció no reunía los requisitos para obtener la pensión de vejez, debido a que solo contaba con 54 años de edad. Además, no era beneficiario del régimen de transición, dado que al 1 de abril de 1994 no había llegado a la edad de 40 años de edad ni había reunido 15 años de servicios.

De acuerdo con lo anterior, señaló que es aplicable la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, respecto del porcentaje a aplicar para efectos de establecer el monto de la pensión señaló que se debe tener en cuenta el artículo 48 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a las semanas cotizadas, sostuvo que a pesar de que en los folios 414 a 422 del cuaderno principal se allegaron las certificaciones de semanas cotizadas y en el mismo se estableció que se encuentran 525.72 semanas, en el acto acusado se reconocieron 541.



612

Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)

Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

Sin embargo, en las certificaciones de tiempos de servicio que se encuentran en los folios 52 a.57 del cuaderno correspondiente al expediente 2013- 00052, constan los tiempos de servicios a favor de la Rama Judicial, de forma ininterrumpida desde el 22 de enero de 1991 hasta el 27 de julio de 2011, y en el mismo documento están debidamente acreditados los descuentos para pensión con destino a las diferentes entidades de seguridad social a las que se afilió, para un total de 20 años, 6 meses, 4 días de servicios, equivalente a 1054,86 semanas.

Igualmente, en los folios 58 a 72 del mismo cuaderno, se discriminaron año a año los tiempos de servicios.

Por lo anterior, indicó que por las primeras 500 semanas le corresponde a los herederos una mesada equivalente al 45%, y por cada 50 semanas adicionales más un 2% adicional, lo que arroja una tasa de reemplazo del 67%.

En consecuencia, declaró la nulidad parcial de la resolución demandada, por cuanto tomó en cuenta un porcentaje inferior al que efectivamente tienen derecho los accionantes beneficiarios de la pensión del actor.

Sumado a este aspecto, se refirió al ingreso base de liquidación, y señaló que en el acto demandado se tomó con base en la suma de \$ 4.185.449 (fol. 188 C. Ppal).

Sin embargo, de acuerdo con lo certificado por la Rama Judicial, el señor Pérez MENDIVIL devengó en los últimos 10 años de servicios (27 de julio de 2001 a 27 de julio de 2011, fol. 52 a 57) además del sueldo básico, la prima especial, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la bonificación por actividad judicial, por lo que se tendrían en cuenta esos factores para efectos de la liquidación.

Por otra parte, negó la solicitud de inclusión de intereses moratorios a que se refiere el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues en el caso concreto solo se solicitó el reajuste de la pensión (respecto de los hijos) y que en la providencia se realizó el reconocimiento relacionada con las compañeras permanentes, motivo por el cual no había lugar a reconocerlos.



Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)

Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

Debido a que tan solo las señoras Xiomara Elvira Avendaño y Arleth Patricia Narváez Reyes acreditaron la condición de compañeras permanentes, les adjudicó el 50% de la pensión de sobreviviente, por mitades iguales.

Así mismo, sostuvo que debido a que la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se realizó antes del 8 de agosto de 2012, no había lugar a declarar prescripción de mesadas.

Además, ordenó la indexación de la pensión desde el 27 de julio de 2011, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Por último ordenó cumplir la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

7. RAZONES DE LA APELACIÓN.

7.1. El señor apoderado de Allison González Díaz apeló la anterior decisión⁵ con base en una presunta valoración probatoria arbitraria. En ese sentido, sostuvo que se desconoció el testimonio de Paola Álvarez Díaz y de Blanca Consuelo Díaz Prasca, quienes a juicio del apoderado fueron claras y precisas en relación con la convivencia entre Allison González Díaz y Luis Carlos Pérez Mendivil.

7.2. La señora apoderada de Xiomara Elvira Avendaño Seña apeló la decisión de primera instancia⁶ con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar se refirió a la presunción que se encuentra en el artículo 2 de la Ley 54 de 1990 con la modificación introducida por la Ley 979 de 2005, respecto de la necesidad de disolver la sociedad conyugal con una anticipación de por lo menos un año, antes de constituir una nueva sociedad conyugal.

⁵ Folios 520 a 524 del cuaderno principal.

⁶ Folios 525 a 532 del cuaderno principal.



613

Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)
Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

Así mismo, se refirió a la excepción de pleito pendiente, y manifestó no estar de acuerdo con las razones por las cuales se desechó la misma, pues la señora Arleth Patricia Narváez había sido notificada de la admisión de la demanda en el momento en el que inició el proceso en contra de la señora Avendaño Seña.

Por otra parte, indicó que había prescrito la acción para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre Luis Carlos Pérez Mendivil y Xiomara Elvira Avendaño Seña, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 54 de 1990.

Además argumentó que no existía ningún derecho en cabeza de Arleth Patricia Narváez Reyes para acceder a la pensión de sobreviviente y que por parte de la misma hubo mala fe.

A lo anterior agregó que no hubo un documento o prueba por escrito que haga presumir la calidad de compañera permanente de la señora Narváez Reyes como sí lo hubo en relación con la señora Avendaño Seña.

Adicionalmente, indicó que la señora Narváez Reyes no demandó la nulidad del acto administrativo que reconoció la pensión de sobrevivientes y por lo tanto el Tribunal no podía acceder a una pretensión que no se solicitó.

Además, indicó que en la sentencia no se hizo referencia a la proporcionalidad de la prestación social de acuerdo con el tiempo efectivo de convivencia entre las compañeras.

Por otra parte, indicó que al señor Pérez Mendivil le era aplicable el régimen especial de la Rama Judicial, por lo que se debe reconocer la pensión en los términos del Decreto 546 de 1971.

7.3. Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones, presentó escrito de apelación que se encuentra en los folios 533 a 535 del cuaderno principal. Sin embargo, debido a que no se presentó a la audiencia de conciliación adelantada el 14 de octubre de 2015 (folios 547 y 548 del cuaderno principal), el mismo fue declarado desierto, tal como lo señaló esta corporación en la providencia de 11 de



diciembre de 2015 (folio 553 del cuaderno principal).

8. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Una vez admitido el recurso de apelación, y corrido traslado para alegar de conclusión, conforme con lo establecido en el artículo 247 del CPACA, se presentaron las siguientes intervenciones:

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, presentó alegatos⁷ en los que se refirió a la liquidación de la prestación social y la necesidad de revocar la sentencia respecto del IBL aplicable, argumentos que había expuesto en el recurso de apelación que se declaró desierto por la inasistencia a la audiencia de conciliación establecida en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La apoderada de Xiomara Elvira Avendaño presentó alegatos, tal como consta en el escrito que se encuentra en los folios 577 a 588 del expediente, en el que reiteró los argumentos de la apelación.

El señor apoderado de Allison González Díaz, presentó alegatos de conclusión extemporáneos⁸, motivo por el cual no serán tenidos en cuenta en el momento de proferir la sentencia.

La señora poderada de Arleth Patricia Narváez Reyes guardó silencio.

El agente del Ministerio Público no rindió concepto en el caso concreto.

II. CONSIDERACIONES

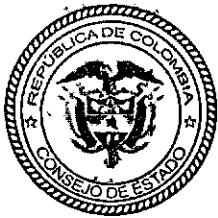
Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

1. Problema jurídico.

De acuerdo con los argumentos expuestos en los recursos de apelación, el análisis que corresponde realizar en esta instancia se contrae a determinar lo siguiente:

⁷ Folios 573 a 576 del cuaderno principal 3.

⁸ Folios 600 a 603 del cuaderno principal 3.



¿El señor Luis Carlós Pérez Mendivil es beneficiario del régimen de transición?

¿Quiénes tienen la calidad de compañera permanente para efectos de obtener la pensión de sobreviviente, producto de la muerte de Luis Carlos Pérez Mendivil?

¿Para efectos del reconocimiento a Arleth Patricia Narváez Reyes, es necesario que la misma haya demandado la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 7455 del 8 de agosto de 2012?

¿Es necesario que se declarara la existencia de la sociedad patrimonial de hecho entre el señor Luis Carlos Pérez y Arleth Patricia Narvaez, dentro del año siguiente a la muerte de este?

2. Preliminar.

Previo a desarrollar los problemas jurídicos planteados, esta Sala se referirá a los argumentos expuestos por la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES en sus alegatos de conclusión.

En relación con los mismos, se puede advertir que no tienen vocación de prosperidad, debido a que reproducen el contenido del recurso de apelación que fue declarado desierto, y por cuanto acceder a ellos implica la *reformatio in pejus* respecto de los recursos de apelación debidamente concedidos.

Con base en lo anterior, se confirma que la pensión de sobreviviente se habrá de liquidar de acuerdo con el 67% del IBL, con fundamento en lo expuesto en la providencia de 3 de septiembre de 2015.

3. El régimen pensional aplicable.

Pese a que en la demanda que dio origen no se solicitó nada relacionado con el régimen especial aplicable a los servidores que pertenecen a la Rama Judicial, anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en el recurso de apelación, la apoderada de Xiomara Elvira Avendaño solicitó la reliquidación con base en el 75% de la asignación mensual más elevada que devengó en el último año de



servicio.

Al respecto se advierte que no hay lugar a acceder a la pretensión, en primer lugar, porque en la demanda no se solicitó absolutamente nada, lo cual sería suficiente para despachar de manera desfavorable la misma. Sin embargo, con el fin de ser muy claros se advierte que el señor Pérez MENDIVIL no era beneficiario del mismo, toda vez que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía quince años de servicio, pues se vinculó a la Rama Judicial a partir del 22 de enero de 1991⁹, ni contaba con 40 años, pues nació el 2 de agosto de 1956¹⁰.

Por lo tanto, se concluye que la prestación se debe conceder de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, como efectivamente lo decidió el Tribunal Administrativo de Sucre.

4. Marco jurídico.

Conforme al artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

A través de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el sistema de seguridad social integral, en lo que tiene que ver con el régimen de pensiones, su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

En este sentido, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó a las denominadas pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, para suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta

⁹ Folios 52 a 57 del cuaderno correspondiente al proceso 2013-00052.

¹⁰ Registro civil de nacimiento que se encuentra en el folio 24 del cuaderno principal 1.



en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

En este orden de ideas, esta Sala de Subsección, ha aclarado que si bien la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional tienen por finalidad evitar que los beneficiarios de un trabajador fallecido carezcan del apoyo económico que éste les brindaba; la sustitución pensional es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece, en tanto que la **pensión de sobrevivientes** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión¹¹.

Ahora bien, es de aclarar que actualmente ambas situaciones se encuentran contempladas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en la que se estableció de manera genérica el término pensión de sobrevivientes para ambos casos. En efecto la disposición en comento prescribe:

«ARTICULO 46. Modificado por la Ley 797 de 2003, artículo 12. 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,
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 (...).

Sin embargo, para ser claros, nos encontramos ante el supuesto de hecho previsto en el numeral 2 del artículo 46, por lo que en estricto sentido se trata de una pensión de sobrevivientes, pues el señor Luis Carlos Pérez Mendivil no había cumplido los requisitos para acceder a la pensión al momento de su muerte.

De conformidad con los artículos 46 y 47 de la primera norma en mención, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003,¹² tendrán derecho a la

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de febrero de 2019, expediente 0161-17, magistrado ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

¹²«[...] Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y



pensión de sobrevivientes, los miembros del grupo familiar del cotizante que fallezca, advirtiéndose tres grupos de beneficiarios excluyentes entre sí, toda vez que a falta de uno lo sucederá el otro, así: (i) cónyuge o compañera permanente e hijos con derecho; (ii) padres con derecho; y (iii) hermanos con derecho.

De los aludidos grupos de beneficiarios la Corte Constitucional resumió los requisitos que deben acreditar para el reconocimiento prestacional, en sentencia C-336 de 2014¹³, en los siguientes términos:

Beneficiario	Causante	Modalidad de la pensión	Condiciones
Cónyuge o Compañero permanente mayor de 30 años de edad.	Afiliado o pensionado	Vitalicia	Edad cumplida al momento del fallecimiento y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.

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;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) 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;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

Parágrafo. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil [...].

¹³ Corte Constitucional, sentencia C – 336 de 4 de junio de 2014, magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.



Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)
Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.	Afiliado o pensionado	Temporal -20 años-	No haber procreado hijos con el causante.
Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.	Afiliado o pensionado	Vitalicia	Haber procreado hijos con el causante y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.
Compañero permanente	Pensionado	Cuota parte	Sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir
Cónyuge y Compañero permanente	Afiliado o pensionado	Partes iguales	Convivencia simultánea durante los 5 años anteriores a la muerte.
Cónyuge con separación de hecho y Compañero permanente	Afiliado o pensionado	Partes iguales	Inexistencia de convivencia simultánea, acreditación por parte del cónyuge de la separación de hecho, compañero permanente con convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.

Ahora bien, es necesario precisar que a través de la Ley 1204 de 2008 «Por la cual se modifican algunos artículos de la Ley 44 de 1980 y se impone una sanción por su incumplimiento», se dispuso que en caso de disputa entre los compañeros permanentes del causante, a efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la misma debía quedar suspendida hasta que la jurisdicción competente definiera a quién se le debía asignar y en qué proporción.

Así lo dispone el artículo 6.º de la ley mencionada:

«Ley 1204 de 2008, artículo 6o. Definición del derecho a sustitución pensional en caso de controversia. En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera:

Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto.

Si la controversia radica entre hijos y no existiere cónyuge o compañero (a) permanente que reclame la pensión, el 100% de la pensión se repartirá en iguales partes entre el total de hijos reclamantes, pero solo se ordenará pagar las cuotas que no estuvieran en conflicto, en espera a que la jurisdicción decida. Si existe cónyuge o compañero (a) permanente se asignará el 50% a este o estas(os) y sobre el 50% correspondiente a los hijos se procederá como se dispuso precedentemente».



Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)

Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

En este caso concurren tres reclamantes quienes alegan la condición de compañeras permanentes del causante, cada una de ellas alegando convivencia exclusiva con el señor Pérez Mendivil, aspecto, frente al cual la Corte Constitucional en sentencias T- 301 de 2010¹⁴ y T 046 de 2016¹⁵, estableció que (i) siempre que haya controversia sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o del derecho a la sustitución pensional, en razón a que el (la) cónyuge y (el) la compañera (o) permanente, **o las (los) dos compañeras (os) permanentes del causante han demostrado convivir con este en periodos de tiempo diferentes o de forma simultánea, quien debe dirimir el asunto es la jurisdicción competente;** y (ii) la controversia por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o del derecho a la sustitución pensional también se puede presentar entre cónyuge y compañera (o) permanente del causante, **o entre dos compañeras (os) permanentes.** En tales casos, ambos reclamantes deben demostrar la convivencia simultánea con el causante en sus últimos años de vida, para que la pensión de sobrevivientes o la respectiva sustitución pensional, pueda ser reconocida a los dos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido o, pueda ser reconocida a ambas (os) en partes iguales con base en criterios de justicia y equidad.

Ahora bien, partiendo de las anteriores premisas, se procederá al estudio de los requisitos que deben acreditar para ser beneficiarias de la sustitución pensional, en particular de la convivencia.

Al respecto, se recuerda que debe acreditarse la vocación de estabilidad y permanencia de la relación, por lo tanto, no se tienen en cuenta aquellas de tipo casual, circunstancial, incidental, ocasional, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el fallecido pensionado¹⁶.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T – 301 de 27 de abril de 2010, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T – 046 de 10 de febrero de 2016, magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶ Corte Constitucional sentencia C-336 de 4 de junio de 2014, magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.



5. La convivencia demostrada en el trámite procesal.

En el caso concreto, a pesar de que el señor apoderado de Allison González Díaz señaló que para el momento de la muerte de Luis Carlos Pérez Mendivil era la compañera permanente de este, no presentó ningún reproche en relación con la valoración de las pruebas realizadas por el Tribunal Administrativo de Sucre, en relación con la convivencia de Xiomara Elvira Avendaño Seña con el causante.

Esta Sala concuerda con la valoración realizada por el *a-quo* en lo referente a la convivencia de Luis Carlos Pérez Mendivil con Xiomara Elvira Avendaño Seña, pues todos los testimonios son concordantes en señalar que efectivamente fue la compañera permanente de este hasta el momento de su muerte. Tan es así, que falleció en el domicilio que compartían.

En ese sentido, son coincidentes los testimonios de Vicente Pérez Mendivil (Min. 11:31 a 19:38 P.I, Aud. de Pruebas, CD fol. 406 cuaderno principal 3), Yira Chadid Bitar (Min. 21:02 a 29:20 P.I, Aud. de Pruebas, CD fol. 406, cuaderno principal 3), Ángela Castro Montes (Min. 1:11:15 P. 1 a 06:00 P.2, Aud. de Pruebas, CD fol. 406, cuaderno principal 3).

Ahora bien, en relación con la convivencia efectiva entre Luis Carlos Pérez Mendivil y Arleth Patricia Narváez Reyes, la apoderada de Xiomara Elvira Avendaño Seña reprocha el hecho de que no existió prueba por escrito y que la conclusión a la que llegó el Tribunal Administrativo de Sucre se fundamentó en el testimonio de testigos sospechosos, como lo fueron Isney Isabel Mayoriano Díaz, por tratarse de la empleada del servicio de la mencionada señora y de Alex Enrique Narváez Márquez, primo de esta.

Al respecto, se advierte que el recurso de apelación no es el momento oportuno para tachar de sospechoso un testigo, porque ello se tiene que realizar en el trámite de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 211 del Código General del Proceso.

Adicionalmente, esta Sala no encuentra que el solo hecho de que se trate de la empleada del servicio y del primo de la señora Arleth Patricia Narváez Reyes



invaliden su declaración. Además, debe tenerse en cuenta que en el trámite de proceso también declaró Francisco Javier Uribe Jaraba (Min. 48:49 a 1:09:45 P.I, Aud. de Pruebas, CD fol. 406, cuaderno principal 3), quien manifestó ser el «compinche» de Luis Carlos Pérez Mendivil y quien sostuvo que efectivamente la mencionada señora fue compañera de este.

Sumado a lo anterior, a partir del testimonio de Iván de Jesús Segrera Jaramillo (Min. 22:59 a 34:30 P.2, Aud. de Pruebas, CD fol. 406 del cuaderno principal 3), se puede advertir la convivencia, pese a que el mismo manifestó que la señora Arleth Patricia Narváez solo era la amante de Luis Carlos Pérez Mendivil, pues fue atendido en más de una ocasión en la casa de esta, y señaló que la relación con el causante era turbulenta.

En cuanto a lo señalado por la apoderada de Xiomara Elvira Avendaño Seña respecto de la falta de prueba por escrito, es necesario precisar que de acuerdo con el artículo 176 del Código General del Proceso la valoración se debe realizar de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pues para los efectos no existe una tarifa legal.

Es por lo anterior, que no se requería la existencia de una prueba por escrito, para concluir que efectivamente existió una convivencia entre Luis Carlos Pérez y Arleth Patricia Narváez.

Por último, en relación con la presunta convivencia de Allison González con el señor Luis Carlos Pérez Mendivil, esta Sala coincide con las apreciaciones realizadas por el Tribunal Administrativo de Sucre.

En efecto, las dos testigos que declararon en el presente proceso no ofrecen la credibilidad suficiente para efectos de que se conceda la prestación social a su favor. En cuanto al dicho de Viviana Paola Álvarez llama la atención las contradicciones en relación con el hecho de que el señor Pérez Mendivil pernoctara en la vivienda que supuestamente compartía con esta, pero que posteriormente haya señalado que llegaba en la mañana y en la hora del almuerzo.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado por Blanca Consuelo Díaz Prasca, se advierte



que no es creible en la medida en que desconoce que la señora Allison González haya tenido otro hijo después de la que tuvo con el señor Pérez.

De acuerdo con lo anterior, esta Sala encuentra que efectivamente hubo convivencia simultánea del señor Luis Carlos Pérez Mendivil con Xiomara Elvira Avendaño Seña y con Arleth Patricia Narváez Reyes.

6. La necesidad de demandar el acto administrativo por medio del cual se dejó en suspenso la prestación social.

Si bien es cierto que por regla general se deben demandar los actos administrativos de contenido particular y concreto, debe tenerse en cuenta que la decisión que se adoptó por parte del Tribunal Administrativo de Sucre deriva directamente de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que las personas que reclaman la pensión de sobreviviente del mismo causante son litisconsortes necesarios, pues la decisión que adopte el juez de la causa respecto de uno, los afecta a todos de manera directa.

En consecuencia, debido a que en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo no se encuentra una regulación expresa de la figura del litisconsorcio necesario, pues simplemente hay unas disposiciones relacionadas con el litisconsorcio facultativo, resulta aplicable artículo 61 de la Ley 1564 de 2012, en virtud de lo dispuesto en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, que en lo pertinente establece lo siguiente:

«Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten por integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado».



A partir de la norma trascrita se concluye que casos en los que no se pueda decidir de fondo sin la comparecencia de determinadas personas por la naturaleza de la relación, es necesario que acudan al proceso en calidad de litisconsortes.

En el caso concreto, está claro que en virtud de lo dispuesto en la Ley 1204 de 2008, y por la naturaleza de la prestación social, era necesario que todas las mujeres que alegaban tener la calidad de compañera permanente debían ser convocadas al proceso, porque la decisión que se habría de adoptar las afectaba de manera directa.

De lo anterior se desprende que en el caso concreto no era necesario que las señoras Arleth Patricia Narváez Reyes y Allison González Díaz demandaran el acto administrativo contenido en la Resolución 7455 del 8 de agosto de 2012, pues la intervención de las mismas en el proceso se deriva de su condición de litisconsortes necesarias.

7. El desconocimiento de las disposiciones de la Ley 54 de 1990, relacionadas con la unión marital de hecho.

La señora Xiomara Elvira Avendaño Serña señaló que en el recurso de apelación que el Tribunal Administrativo de Sucre no tuvo en cuenta las disposiciones de la Ley 54 de 1990 en lo relacionado con la disolución y liquidación de la sociedad conyugal y la prescripción de las acciones.

Al respecto, esta Sala encuentra que las mencionadas normas tienen por objeto proteger la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. Por el contrario, en la Ley 100 de 1993, se buscó garantizar los derechos de la seguridad social para toda la población, es decir, no se limita a los efectos económicos que se derivan de la conformación de un hogar.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que en las disposiciones de la Ley 54 de 1990 no se tuvo en cuenta una situación que se presenta con frecuencia y es el caso de la convivencia simultánea entre una misma persona y diferentes compañeras (os) permanentes.



De hecho, ni siquiera en la Ley 100 de 1993 se previó tal situación, motivo por el cual la Corte Constitucional entró a proteger los derechos fundamentales de los involucrados, cuando analizó la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 en la sentencia C – 1035 de 2008, en la que señaló:

«De acuerdo al argumento de estas intervinientes, darle origen a una unión libre, así supere los cinco años de permanencia, es una decisión 'irresponsable' cuando al mismo tiempo se convive con el o la cónyuge. Por esta causa, según ellas, la o el compañero permanente superviviente no tiene derecho o acceso a la pensión de sobrevivientes. Dicho reproche –que más parece un prejuicio– equivale a sostener que la norma sanciona a la compañera o compañero permanente superviviente por haberse involucrado con el causante cuando éste tenía un vínculo matrimonial previo y vigente. La sanción consistiría en que se priva a la compañera o compañero permanente de ser considerada beneficiaria o beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

Para la Corte, esta argumentación no resulta válida a la luz de nuestro ordenamiento constitucional como veremos a continuación:

10.2.5.2. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, es razonable suponer que, en su conjunto, las exigencias consignadas en la norma que contiene los apartados demandados, buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, de la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia. Sin embargo el verdadero interrogante es si las personas que la disposición está excluyendo de la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes ¿no deberían ser consideradas también como beneficiarios legítimos de esta prestación asistencial?

10.2.5.3. Como se expuso atrás (*supra* 9.2 y ss) la pensión de sobrevivientes es una prestación económica que el ordenamiento jurídico reconoce a favor del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez que fallece. Su objeto es proteger a los miembros de dicho grupo del posible desamparo al que se pueden enfrentar por razón de la muerte del causante, en tanto antes del deceso dependían económicamente de aquél. Las características que definen la existencia de un vínculo que da origen a la familia están determinadas por la vocación de permanencia y fundadas en el afecto; la solidaridad y la intención de ayuda y socorro mutuo, como lo dispone el artículo 42 de la Carta.

10.2.5.4. Teniendo en cuenta que la situación fáctica que describe el apartado demandado es un fenómeno social, la propia Ley 797 contempló con claridad la posibilidad de que existan vínculos simultáneos. No obstante, de acuerdo a la previsión legislativa, en este tipo de circunstancias sólo tienen acceso a la pensión de sobrevivientes quienes tienen un vínculo matrimonial.

10.2.5.5. 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.

10.2.5.6. 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.

Este planteamiento no es caprichoso. Surge al estudiar en su conjunto la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia (*supra* 8.3 y 8.4), a partir de la cual se puede concluir que las personas que conviven en condición de compañeros permanentes, históricamente han sido menospreciadas a partir de un patrón de valoración cultural que considera que este tipo de nexos familiares –a pesar de estar protegidos constitucionalmente- constituyen vínculos de segundo orden.

(...)

En consecuencia, con el fin de eliminar la discriminación advertida y evitar un vacío en la regulación, la Corte considera que los argumentos expresados hasta el momento son suficientes para declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión “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” contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, únicamente por los cargos analizados, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

10.2.7. La adopción de este parámetro, por parte de esta Corporación, no es arbitraria. Surge al observar los criterios fijados por el propio legislador en el literal anterior de la norma cuando establece que “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”.

Así, la Corte respetando los criterios hasta ahora definidos por el legislador, centró su análisis exclusivamente en la constitucionalidad de la regulación normativa para reconocer la pensión de sobrevivientes en casos de convivencia simultánea.

10.2.8. Así, limitándose a los cargos propuestos en la demanda, la Corte no excluye que existan otros factores de ponderación constitucional que puedan ser objeto de futuros análisis o criterios para redefinir la regulación por parte del legislador, como la satisfacción del mínimo vital, la proporción



Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)

Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

en el reconocimiento de la prestación en relación a la edad de las(os) reclamantes, y/o el grado de dependencia del(a) cónyuge o el compañero(a) permanente supérstite»¹⁷.

Lo anterior fue completado por la Ley 1204 de 2008, en la que se determinó que se debe dejar en suspenso el reconocimiento a los beneficiarios de la pensión de sobreviviente hasta que el juez natural defina quiénes son los beneficiarios de la prestación social.

A partir de lo anterior, esta sala concluye que si bien es cierto que en la Ley 54 de 1990 se establecieron una serie de disposiciones dirigidas a proteger la sociedad patrimonial que surge de la convivencia simultánea por un lapso superior a los dos años, las mismas no pueden desconocer el derecho fundamental a la seguridad social cuando existe convivencia simultánea.

En ese orden de ideas, se reitera que en la mencionada ley se buscó proteger los efectos patrimoniales o económicos y que el juez de lo contencioso administrativo debe garantizar los derechos de la seguridad social de todas aquellas personas que tuvieron la condición de compañeras permanentes.

Ahora bien, esta Sala no puede pasar por alto que la Corte Constitucional estudió el artículo 2 de la Ley 54 de 1990, y al respecto señaló:

«El demandante expone que el artículo 2º de la Ley 54 de 1990 (modificado por el art. 1, Ley 979 de 2005) establece como una de las hipótesis en las que hay lugar a declarar judicialmente una unión marital de hecho, aquella en que la unión existe mínimo por dos años, pero se configura un impedimento legal para contraer matrimonio, por lo que se exige un requisito adicional, cual es que “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”. En su opinión, la disposición del mencionado requisito adicional en el aspecto concreto de la exigencia de la “liquidación” de las sociedades conyugales anteriores para poder declarar judicialmente la sociedad patrimonial de hecho, vulnera el derecho a la igualdad y el principio de equidad. Esto, en tanto se desprotegería el patrimonio construido por dos personas que convivan por más de dos años, en razón al eventual incumplimiento de una formalidad, cual es la de no haber liquidado la sociedad conyugal anterior.

(...)

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C – 1035 de 22 de octubre de 2008, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.



27.- La Corte Constitucional encuentra, que la exigencia normativa demandada vulnera el principio de igualdad (art.13 C.N) y la obligación constitucional de protección igualitaria a las familias formadas por vínculo matrimonial y a las formadas por vínculos de hecho (art. 42 C.N). Las razones que sustentan esta conclusión son las siguientes: (i) la norma busca evitar la concurrencia de sociedades conyugales y patrimoniales de hecho (según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia), con lo cual la consecuencia consistente en que no se puede reconocer la sociedad patrimonial, es desproporcionada porque so pretexto de evitar la coexistencia en mención se sacrifican los derechos de los compañeros a la protección de su patrimonio conjunto, y (ii) no existen razones constitucionales objetivas que justifiquen la consecuencia jurídica aludida según la cual no se reconoce la sociedad patrimonial, cuando al menos uno de los compañeros no haya liquidado su sociedad conyugal anterior, en atención a que el reconocimiento es presupuesto esencial de su protección como patrimonio conjunto de la familia originada en una unión de hecho.

(...)

Con la Constitución de 1991 la protección de la familia por lazos naturales, con tal de que exista voluntad libre y responsable, es de rango constitucional y el Estado debe garantizarla de manera integral (artículo 42). Tal como lo explica la Corte Suprema en un criterio que ya se ha consignado en esta parte motiva, pero que por su importancia como fundamento de la vulneración constitucional que esta Sala está demostrando, vale la pena reiterar: "el asunto ya no es meramente legal. De tal suerte que cualquier análisis en torno al punto impone necesariamente adelantarlos con vista en los nuevos valores y principios constitucionales que, por razones palmarias, la ley no pudo tener en cuenta. Contradice la Carta Política que un requisito visiblemente innecesario tenga el poder de anular el derecho sustancial cuya primacía asegura la Constitución; difícilmente podría explicarse que en un Estado edificado sobre el fin de garantizar un orden político, económico y social justo, se permita que los derechos de las personas que han cumplido con la esencia de lo que es la unión material de hecho, después de consagrados esfuerzos comunes para cubrir las necesidades familiares, incluida quizá descendencia, se escapen no más que por la exigencia legal de algo que sobra, como lo es la liquidación de una sociedad conyugal anterior; cuando menos es un requisito que no guarda proporcionalidad.

Por otra parte, si la liquidación es asunto que suele quedar al arbitrio de los cónyuges, o ex-cónyuges en su caso, puesto que el ordenamiento no hace imperioso que se cumpla en un tiempo determinado, se haría inócua la protección pretendida por la norma ya que, al amparo de la interpretación que aquí se rechaza, se podría dejar de liquidar la sociedad conyugal con el fin de negar los derechos surgidos de la unión marital.

Además, estaríamos en presencia de un trato discriminatorio pues para contraer segundas nupcias lo único que exige la ley es que se confeccione previamente un inventario solemne con el fin de salvaguardar los intereses de los hijos menores pero no se demanda que la sociedad conyugal anterior esté liquidada, se conforma con que apenas este disuelta. Exigir algo más, que además resulta innecesario, por el solo hecho de no observar la forma matrimonial compromete el trato igualitario a que aspira la Constitución".



Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)

Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

34.- Por demás, según se consignó en el acápite relativo a la jurisprudencia constitucional sobre protección igualitaria a familias originadas en vínculos matrimoniales y a familias originadas en uniones de hecho, la familia "merece por sí misma la protección del Estado, con independencia de la forma en que se haya constituido, es decir, sin que se prefiera la procedente de un vínculo jurídico sobre aquella que ha tenido origen en lazos naturales". Por ello esta protección igualitaria se proyecta a los hijos y al esposo o esposa en el caso del matrimonio y al compañero o compañera permanente si se trata de unión de hecho. Así "gozan de la misma importancia y de iguales derechos, por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que se originen en el tipo de vínculo contraído"[18].

35.- Por ello, restringir sin justificación, como se demostró suficientemente, el reconocimiento de la sociedad patrimonial entre compañeros, niega de entrada las posibilidades de protección de los miembros de la familia originada en una unión de hecho. Las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas vinculadas por la llamada unión libre, solo son ejecutables si la unión en efecto se reconoce. Con lo cual además se desconoce la equiparación de estas dos formas de unión hecha en la Constitución (artículo 42 C.P.) y se quebranta el principio de igualdad (artículo 13 C.P.).

Además, el desconocimiento de dicha equiparación constitucional entre la dos formas de familia referidas, se daría en beneficio de la familia matrimonial, pues el patrimonio construido por los compañeros pasa a formar parte de la sociedad conyugal anterior de aquel compañero que no la liquidó; a sabiendas de que –como se explicó– pese a no estar liquidada la mencionada sociedad conyugal anterior, ya está disuelta luego ha finiquitado.

36.- De conformidad con lo expuesto hasta este momento, la Corte Constitucional declarará inexecutable la expresión "y liquidadas" contenida en el literal b) del numeral 2° de la 54 de 1990 modificado por el artículo 1° de la Ley 979 de 2005. Para mayor ilustración se transcribirá cómo quedará la norma impugnada, en atención a la inexecutable anunciada¹⁸.

Como se desprende de lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado la necesidad de proteger a las familias, y por lo tanto no se debe liquidar una sociedad conyugal para efectos de que se constituya otra.

Luego se reafirma que hay lugar a la protección del derecho fundamental a la seguridad social de la o las personas que tengan la calidad de compañera (o) permanente, en los casos de convivencia simultánea, y para los efectos no tiene incidencia lo dispuesto en el literal b, del artículo 2 de la Ley 54 de 1990.

Además, es necesario precisar que hay norma especial para los casos de

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C – 700 de 16 de octubre de 2013, magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.



Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)

Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

convivencia simultánea en lo que a la pensión de sobrevivientes se refiere, tal como quedó consagrado en la Ley 797 de 2003.

En cuanto a este aspecto, en la sentencia T – 301 de 2010 expresamente se señaló:

«Esta Corporación, en la sentencia C-1035 de 2008, declaró la exequibilidad condicionada del literal b (parcial) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, “en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”.

En primer lugar, la Corte Constitucional definió la convivencia simultánea a la que se refiere la disposición de la siguiente forma:

“Resulta importante precisar que, para que se presente el supuesto fáctico descrito por el aparte demandado de la norma, se requiere entonces la existencia de la convivencia simultánea, esto es, que ocurran al mismo tiempo la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con el compañero o compañera permanente durante los cinco años previos a la muerte del causante. En esa dirección, el apartado demandado excluye de antemano, las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante. El criterio definido por la norma para determinar el beneficiario de la pensión de sobreviviente tiene que ver con la convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia.” (subraya original)

A continuación, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones, con fundamento en las siguientes razones:

10.2.5.5. 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.

10.2.5.6. 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.

(...)



Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)

Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

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'*. Por este motivo, la Corte llega a la conclusión de que el trato preferencial que establece la expresión demandada no es constitucional."

Del anterior recuento se pueden extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, cuando existan controversias sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debido a que el cónyuge y compañero(a) permanente, o los dos compañeros(a) permanentes del causante han acreditado convivencia con este último en periodos distintos o de manera simultánea, la decisión sobre el reconocimiento y reparto de la pensión corresponde a la jurisdicción ordinaria. En estos casos, la institución encargada del reconocimiento de la pensión debe suspender el trámite y someterlo a la decisión de la jurisdicción ordinaria.

En segundo lugar, las controversias sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se pueden presentar tanto entre el cónyuge supérstite y compañero(a) permanente del causante, como entre sus dos compañeros(a) permanentes. En estos eventos, de conformidad con la sentencia C-1035 de 2008, si los dos o las dos reclamantes acreditan convivencia simultánea con el causante durante al menos sus últimos cinco años de vida, la pensión de sobrevivientes debe ser concedida a los(a) dos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. Sin embargo, con base en criterios de justicia y equidad, como lo ha señalado el Consejo de Estado, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en casos de convivencia simultánea se puede hacer en partes iguales a los compañeros(a) permanentes o al cónyuge y compañero(a) permanente»¹⁹.

Como se puede observar, el juez natural del proceso debe establecer a quién o a quiénes les otorga el derecho.

En el caso concreto, el Tribunal Administrativo de Sucre estableció que el 50%, de la partida correspondiente a las compañeras permanentes iría para la señora Xiomara Elvira Avendaño, y el otro 50% para la señora Arleth Patricia Narváez.

Al respecto, esta Corporación concuerda con la repartición efectuada por el Tribunal Administrativo de Sucre, con fundamento en la equidad, pues si bien es cierto que el tiempo de convivencia de la señora Xiomara Elvira Avendaño Seña fué mayor al de Arleth Patricia Narváez Reyes, ello no incide en los sentimientos de afecto, apoyo y ayuda mutua entre los compañeros permanentes. Es decir, a partir del transcurso

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T – 301 de 27 de abril de 2010, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



del tiempo es imposible medir el cariño que se tiene por una persona, motivo por el cual se repartirá en partes iguales.

8. Costas.

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho²⁰, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso²¹ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En el numeral 3, del artículo 365 del Código General del Proceso se establece que en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

En ese sentido, en principio habría lugar a condenar a las señoras Allison González Díaz y Xiomara Elvira Avendaño Seña.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que a pesar de que el recurso presentado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES fue declarado desierto, en los alegatos de conclusión de segunda instancia se pretendió revivir los argumentos del mismo y que se revocara la sentencia de primera instancia.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en segunda instancia no hubo participación del apoderado de Arleth Patricia Narváez Reyes.

Como consecuencia de lo anterior, esta Sala se abstendrá de condenar en costas en segunda instancia y confirmará en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el 3 de septiembre de 2015.

²⁰ Artículo 361 del Código General del Proceso.

²¹ Artículo 171 núm. 4 en conc. art. 178 ib.



623

Radicado: 70001-23-33-000-2015-00050-01 (4460-2015)

Demandante: Xiomara Elvira Avendaño Seña y otros

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 3 de septiembre de 2015., proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se declaró la nulidad parcial de la Resolución 7455 del 8 de agosto de 2012.

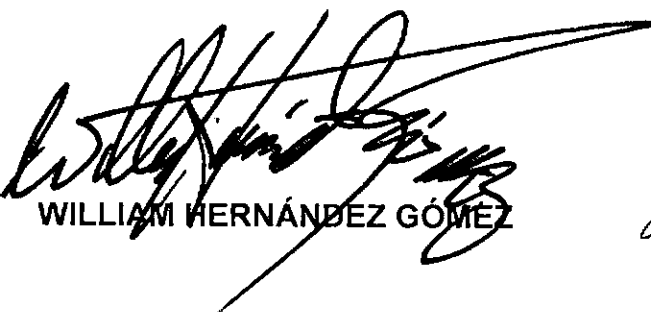
SEGUNDO: sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

legis

