Función Pública

Sentencia 2014-00028 de 2020 Consejo de Estado

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CÓNYUGE SUPÉRSTITE SEPARADA DE HECHO / SOCIEDAD CONYUGAL LIQUIDADA / COMPAÑERA PERMANENTE

[E]l 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. […] [C]uando hay conflicto entre la compañera permanente y la cónyuge supérstite, debido a 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. [L]a 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[1] 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.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 46 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 73 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 151

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “B”

Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00028-01(0791-18)

Actor: NELLY CECILIA MEJÍA RODRÍGUEZ

Demandado: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA Y OTRA

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. SEGUNDA INSTANCIA. ESTABLECER SI ES VIABLE EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES A CÓNYUGE SUPÉRSTITE SEPARADA DE HECHO Y CON SOCIEDAD CONYUGAL LIQUIDADA.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 5 de octubre de 2018[2], después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obran 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 15 de septiembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Nelly Cecilia Mejía Gamboa *«cónyuge supérstite»* en contra de la Universidad de Cartagena y la señora Flavia Miller Gamboa *«compañera permanente»*.

1. ANTECEDENTES

1.1 La demanda y sus fundamentos[3].

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 Nelly Cecilia Mejía Rodríguez *«cónyuge supérstite»*, por intermedio de apoderado judicial[4], demandó la Resolución 1737 de 17 de junio de 2009, por medio de la cual el Rector de la Universidad de Cartagena le reconoció la sustitución de la pensión a la señora Flavia Miller Gamboa *«compañera permanente»* por el fallecimiento del señor Roberto Enrique Paternina Reyes[5] (q.e.p.d.); y, el Oficio de 21 de noviembre de 2012 a través del cual el Jefe de Prestaciones Económicas de la Universidad de Cartagena 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 por el fallecimiento del señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.), a partir del 2 de diciembre de 2006, con todas las mesadas dejadas de percibir, retroactivos adicionales e indexación; y, el pago de las costas y agencias en derecho.

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

El señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.) contrajo matrimonio con la señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez el 10 de julio de 1971 en la Notaría 4ª del Círculo de Bogotá, establecieron su domicilio en la ciudad de Cartagena y, de la anterior unión matrimonial, nació el señor Walter Roberto Paternina Mejía el 18 de julio de 1972.

Luego de que el 16 de septiembre de 1978 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá decretara la *«separación definitiva de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal»*[6]*,* la señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez estableció su domicilio en la ciudad de Bogotá junto con su hijo.

El señor Roberto Enrique Paternina Reyes falleció el 2 de diciembre de 2006, motivo por el cual el 22 de diciembre de 2006 la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de quien fuera su esposo, sin embargo, por medio de la Resolución 1897 del 6 de agosto de 2007 le fue negada, por considerar que previamente se había efectuado la liquidación de la sociedad conyugal y, por demás, en razón a que no se había demostrado la cohabitación de los cónyuges, siendo ello indispensable para su reconocimiento. Inconforme con tal determinación, interpuso recurso de reposición, pero mediante Resolución 2416 de 2 de octubre de 2007 se confirmó en su integridad el anterior acto administrativo por cuanto no se acreditó vida en común durante los últimos 5 años antes del fallecimiento[7].

El 20 de mayo de 2009 la señora Flavia Miller Gamboa solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en su condición de compañera permanente del señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.), para el efecto aportó las declaraciones extra-juicio de los señores Alfonso Hermenegildo López Villar y Álvaro Pinto Martínez. En tal virtud, por medio de la Resolución 1737 de 17 de junio de 2009 le fue otorgada la citada prestación.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 13, 25, 48, 53, 58 y 336; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; Ley 100 de 1993, artículos 46 y 47.

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

De conformidad con la Ley 100 de 1993, cumplió con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, dado que se encuentra demostrada la condición de cónyuge supérstite respecto del señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.), pues, aunque se efectuó la liquidación de la sociedad conyugal en el año de 1978, lo cierto fue que se mantuvo el vínculo matrimonial, lo cual es la consecuencia lógica de la familia.

Aseguró que la señora Flavia Miller Gamboa nunca convivió con quien fuera su esposo, pues desde que se trasladó con su hijo a la ciudad de Bogotá, el señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.) vivió con su hermana y otros familiares.

1.3 Contestación de la demanda.

Tanto la Universidad de Cartagena como Flavia Miller Gamboa contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal, en la que se opusieron a las pretensiones formuladas por la actora, con fundamento en los siguientes argumentos:

Universidad de Cartagena[8]:

Al momento en que fue expedida la Resolución 1737 de 17 de junio de 2009, por medio de la cual se le reconoció la sustitución de la pensión por muerte del jubilado Roberto Enrique Paternina Reyes en favor de la señora Flavia Miller Gamboa, la Universidad de Cartagena verificó el cumplimiento de los requisitos legales para su otorgamiento, tan es así que luego de que se efectuaron las publicaciones correspondientes, ninguna persona controvirtió la calidad de compañera permanente.

En tal sentido, alegó que, si la demandante prueba que la actual beneficiaria, Flavia Miller Gamboa, no tenía la calidad de compañera permanente del causante, necesariamente habrá que revocarse el reconocimiento efectuado. Lo anterior bajo ningún punto de vista implica que se pueda acceder a la pensión de sobrevivientes, ni mucho menos suponerse que le asiste el derecho desde el fallecimiento del causante, pues tales mesadas ya fueron canceladas de buena fe a la beneficiaria que acreditó los requisitos legales para el reconocimiento.

En efecto, pues no se puede desconocer que para la fecha en que falleció el señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.), se encontraba en firme la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se había decretado la separación definitiva de los bienes y la liquidación de la sociedad conyugal por mutuo acuerdo. Además, en atención a que la demandante vivía en Bogotá y el causante en el municipio de Arjona (Bolívar), no era posible acreditar la vida marital hasta la fecha de la muerte, requisito necesario para ser beneficiaria del derecho reclamado.

Flavia Miller Gamboa *«compañera permanente»*[9].

Destacó que la señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez en el año de 1976 se separó de hecho de su cónyuge, el señor Roberto Enrique Paternina

Reyes (q.e.p.d.); posteriormente, en el año de 1977, procedió a interponer demanda ante los Jueces Civiles del Circuito de Cartagena en la cual solicitaba la partición de los bienes de la sociedad conyugal, proceso que le correspondió su conocimiento al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, quien mediante sentencia judicial declaró la separación de los bienes y ordenó la liquidación de la sociedad conyugal de mutuo acuerdo.

Aseguró que fue la compañera permanente del señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.) durante más de 28 años, razón por la que es beneficiaria de la pensión de venía percibiendo el citado señor, máxime cuando fue ella la persona que se vio afectada con su muerte, lo cual materializa la contingencia prevista en el sistema de Seguridad Social como una afectación en los ingresos económicos de las personas que conformaban el grupo familiar.

Destacó que en el acto acusado fueron valorados todos y cada uno de los elementos probatorios que aportó la señora Flavia Miller Gamboa para demostrar el derecho que le asistía, tales como, las declaraciones de los señores Alfonso López y Álvaro Pinto que dan cuenta de la convivencia por más de 15 años de los compañeros permanentes, en tal sentido, es evidente que dicho acto se encuentra revestido de la presunción de legalidad, es decir que por ley, se presume ajustada y conforme con el ordenamiento constitucional y legal, y por ello debe ser respetado y aplicado por todos.

En su sentir, la señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez *«cónyuge supérstite»* no cumple con ninguno de los requisitos establecidos por la ley para que tenga derecho a la sustitución de la pensión que venía percibiendo el señor Roberto Enrique Paterna Reyes (q.e.p.d.), concretamente, porque no hacía parte del grupo familiar y tampoco dependía económicamente de éste. Por tal motivo, no basta con afirmar que había contraído matrimonio católico el 10 de julio de 1971, cuando lo importante es demostrar la convivencia efectiva antes del fallecimiento del pensionado.

Agregó que la Constitución Política no sólo reconoció qué manera expresa el derecho que tenía el señor Roberto Enrique Paternina Reyes de escoger su compañera permanente, sino que además elevó ese derecho a la condición de derecho fundamental.

1.4 La sentencia apelada[10].

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante sentencia de 15 de septiembre de 2017, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante. Lo anterior por las razones que a continuación se pasan a exponer:

Anotó que la Corte Constitucional ha sostenido que la pensión de sobrevivientes es un componente ideológico de cercanía afectiva, es decir, es una prestación que el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones reconoce a los miembros del grupo familiar. Por tal motivo, la demandante debía acreditar la convivencia efectiva con el pensionado fallecido durante los últimos cinco años anteriores a la muerte para efectos de que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes; lo cual no sucedió, pues está acreditado que desde el año de 1978 y hasta la fecha del deceso del señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.) no formó una vida marital, a esta conclusión se puede llegar después examinar, incluso, la demanda, donde así lo señaló a título de confesión.

Precisó que a ninguno de los testigos le constó la convivencia conyugal, así como tampoco que se haya restablecido la vida en común, al contrario, fueron certeros y categóricos en señalar que el alejamiento perduró hasta cuando el mencionado señor falleció.

En tal virtud, adujo que, el hecho de mantenerse vigente el vínculo jurídico del matrimonio no es suficiente para adquirir la prestación reclamada, dado que está instituida como un mecanismo de protección del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste, pues al ser beneficiario del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. En el *sub-lite,* según la prueba analizada, la señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez *«cónyuge supérstite»* no dependía económicamente del causante para procurarse su subsistencia y, menos aún, conformaban una familia fundada en factores como el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión o la vida en común.

Por último, dijo que, en virtud de lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es procedente imponer la condena en costas a la parte demandante.

1.5 El recurso de apelación

La señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez *«cónyuge supérstite»,* actuando en causa propia, interpuso recurso de apelación con fundamento en los argumentos que se pasan a exponer[11]:

Aseguró que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[12], solo se deben acreditar 5 años de vida marital con el causante para reconocer la pensión de sobrevivientes, situación que la cobija, como quiera que se encuentra probado que contrajo nupcias en el año de 1971 con el señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.).

En su sentir, la señora Flavia Miller Gamboa no tiene derecho a que le sea otorgada la pensión que disfrutaba su esposo, dado que existen serias dudas en cuanto a la supuesta convivencia, una de ellas fueron las declaraciones que fueron recibidas en el transcurso del proceso, por ejemplo, de los señores Félix del Cristo Galvis, Arturo Ignacio Castillo Torres y Jorge Luis Hernández Paternina *«sobrino del causante»* quien declaró que el señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.) *"(...) hizo de su hogar materno el suyo, junto con sus hermanas (...)".*

Por lo anterior, aseguró, es evidente que la señora Flavia Miller Gamboa se viene beneficiando de una prestación que no le corresponde, en perjuicio de los intereses del Estado, habida cuenta que se ha valido de una supuesta relación marital de hecho que a todas luces no existió y de la cual nadie conoció, incluso, ni los familiares del causante, ni mucho menos los vecinos en donde vivió permanentemente.

Finalmente pidió que fuese revocada la condena en costas, ya que se deben examinar criterios de índole subjetivo y no objetivo, tales como, temeridad, mala fe, entre otros.

1.6. Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, rindió concepto mediante escrito en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia. Lo anterior con fundamento en los siguientes argumentos[13]:

Consideró que si bien es cierto la demandante se encontraba casada con el señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.) y tal vínculo se mantuvo hasta el momento del fallecimiento de éste, también lo es que tenía disuelta y liquidada la sociedad conyugal, era por ello que era necesario la acreditación de la convivencia efectiva de los 5 años con anterioridad a la muerte del causante, situación que no ocurrió y por ello no tiene derecho a la prestación reclamada.

II. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Establecer si las señoras Nelly Cecilia Mejía Rodríguez y Flavia Miller Gamboa en su condición de cónyuge supérstite y compañera permanente, respectivamente, cumplen con los requisitos necesarios para hacerse acreedoras a la pensión de sobreviviente por la muerte del señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.). Para el efecto se deberá determinar, respecto de la primera, si por haberse separado de hecho y con sociedad conyugal liquidada hay lugar a reconocer la prestación reclamada; y en cuanto a la segunda, si fue acreditada la convivencia plena y efectiva con el causante durante los últimos cinco años anteriores al deceso, en condiciones de auxilio o apoyo mutuo, convivencia efectiva, comprensión, vida en común al momento de la muerte y la dependencia económica.

Para tal 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.

En materia de sustitución pensional los artículos 36 y 39 del Decreto 3135 de 1968[14], así como 80 y 92 del Decreto 1848 de 1969[15] consagraron la posibilidad de trasmitir 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 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 34[16], 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.

(…)

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 Decreto[17], 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, se expidió la Ley 33 de 1973[18], 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 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 1975[19] 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 contingencia de muerte no logró consolidar plenamente su derecho pensional.

Ahora bien, una vez expedida la Constitución Política de 1991, en su artículo 48[20] señaló 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. Así mismo estableció, en relación con la pensión de sobrevivencia, que sería una prestación del Sistema General de Seguridad Social, cuyos requisitos para su reconocimiento por mandato constitucional, deberán ser definidos mediante las leyes, veamos:

"(…) 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 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).

Quiere decir entonces que la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, derogó tácitamente[21] la Ley 12 de 1975, concretamente, porque esta nueva norma reemplazó la sustitución pensional por la pensión de sobrevivientes tanto en el régimen de prima media con prestación definida[22] como en el de ahorro individual[23], 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.

Sea la oportunidad para aclarar que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 fue modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003[24], en el sentido de determinar 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,

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:[25]" (Destaca la Sala)

En todo caso, 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

(…)

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

(…)

Articulo. 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.

Ahora bien, como en el presente asunto está en discusión el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes entre la cónyuge supérstite y la compañera permanente del pensionado o afiliado, es pertinente abordar algunos los siguientes temas en particular:

a) 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 1999[26]), 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"*[27].

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 vínculo conyugal, deban recibir un tratamiento equiparable o semejante por muchos aspectos al que merece la unión conyugal"*[28].

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 2011[29], 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 1993[30], que las garantías derivadas de la seguridad social no solo 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"*[31]. Así se estimó que, en aplicación del literal a)[32] del artículo 47 de la 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"*[33]

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 1999[34] 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".*

Posteriormente, en la sentencia C-1126 de 2004[35] 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.[36] *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."[37]*"*

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

El artículo 47 de La Ley 100 de 1993[38] (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 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 al 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". 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 2007[39] 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, debido a 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.

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)

c) 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.

El artículo 47[42] de la Ley 100 de 1993 en el inciso 3 del literal b) 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 en los siguientes términos: *"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-336 de 2014[43], 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.

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 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 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."*

De las anteriores consideraciones, la Sala interpretará frente a la pensión de sobrevivientes quienes pueden ser beneficiarios y la modalidad de ésta en caso de que se cumplan con las condiciones establecidas para ello:

Beneficiario	Condiciones	Modalidad de la pensión
Cónyuge o compañero permanente mayor de 30 años.	Edad cumplida al momento del fallecimiento y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.	Vitalicia
Compañero permanente	Sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir	Cuota parte proporcional al tiempo de convivencia
Cónyuge y Compañero permanente	Convivencia simultánea durante los 5 años anteriores a la muerte.	Partes iguales
Cónyuge con separación de hecho y Compañero permanente	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.	Cuota parte proporcional al tiempo de convivencia.
Cónyuge o compañero permanente menor de 30 años.	No haber procreado hijos con el causante.	Temporal -20 años-
Cónyuge o compañero permanente menor de 30 años.	Haber procreado hijos con el causante y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.	Vitalicia

ii) Del análisis del caso concreto.

En el *sub lite* la señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez aseguró en el recurso de apelación que aun conserva la condición de cónyuge supérstite del señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.) y, además, que la señora Flavia Miller Gamboa no tiene derecho a la pensión que le fue reconocida por medio del acto acusado, como quiera que de acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, es evidente que en ningún momento fue la compañera permanente de éste.

Previo a desarrollar el fondo del asunto la Sala tiene probado lo siguiente:

a) De conformidad con la Partida de Matrimonio de los señores Nelly Cecilia Mejía Rodríguez y Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.), se evidencia que contrajeron nupcias en la ciudad de Bogotá el 10 de julio de 1971. Adicionalmente quedó consignado, de un lado, que por medio de la sentencia del Juzgado Segundo del Circuito de Cartagena de 16 de septiembre de 1978 fue decretada la separación de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal; y de otro, que por sentencia del Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá se decretó la supresión de la

preposición *"de"* y el apellido de su esposo[45].

b) El 16 de septiembre de 1978 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena resolvió[46]:

"(…) 1º. Decrétese la separación definitiva de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal formada por los esposos Roberto Paternina Reyes y Nelly Mejía de Paternina, debiéndose proceder a ésta como se indica en las disposiciones que rigen el inventario y partición de bienes de una sucesión.

2º. Inscríbase esta sentencia en la Notaria Cuarta del Circuito de Bogotá en xerocopias que luego serán agregadas al expediente. (…)".

c) El 13 de abril de 2005 el Jefe de Personal de la Universidad de Cartagena certificó que el señor Roberto Enrique Paternina Reyes se encontraba percibiendo la pensión de jubilación desde el 1º de noviembre de 1992 en cuantía de $3.446.561[47].

d) De acuerdo con el Registro Civil de Defunción que obra a folio 7 del expediente, el señor Roberto Enrique Paternina Reyes falleció el 2 de diciembre de 2006.

e) El 19 de diciembre de 2006 la señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al Jefe de Prestaciones Económicas de la Universidad de Cartagena, por la muerte del señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.), dado que acreditaba ser la cónyuge supérstite[48]; sin embargo, por medio de la Resolución 1897 de 6 de agosto de 2007, suscrita por el Rector de la Universidad de Cartagena, le fue negada tal prestación por considerar que ya había liquidado la sociedad conyugal. También le fue negada esta prestación a la señora Arsenia Josefina Paternina Reyes *«hermana del causante»*[49] por cuanto no acreditó la dependencia económica.

f) Inconforme con la anterior determinación, la señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez interpuso recurso de reposición bajo el argumento que, si bien existió la liquidación de la sociedad conyugal, no se podía desconocer que se mantuvo vigente la unión marital; no obstante, mediante Resolución 2416 de 2 de octubre de 2007, expedida por la misma autoridad administrativa, fue negado tal recurso en tanto que el cónyuge sobreviviente pierde su derecho cuando, al momento de la muerte del pensionado, se hallen separados de cuerpos[50].

g) En virtud de la Resolución 1737 de 17 de junio de 2009, el rector de la Universidad de Cartagena reconoció la sustitución de la pensión que en vida disfrutaba el señor Roberto Paternina Reyes (q.e.p.d.) a la señora Flavia Miller Gamboa, a partir del 3 de diciembre de 2006 equivalente a $3.613.719, suma que al ser actualizada para el año 2009 alcanzaría la suma de $4.296.513[51].

h) Por medio del Oficio de 21 de noviembre de 2012 el Jefe de Prestaciones Económicas negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez como quiera que por medio de la Resolución 2192 de 2009 se había otorgado esta prestación a la señora Flavia Miller Gamboa, lo cual ha generado una situación de carácter particular y concreto que no puede ser modificada sino con la autorización del respectivo titular o, en su defecto, por el operador judicial previa demanda que se interponga[52].

i) A folios 79 y 80 del expediente se encuentran las declaraciones extra-juicio de los señores Alfonso Hermenegildo López Villar y Álvaro Pinto Rodríguez, quienes expresaron que conocían al señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.) y que había convivido con la señora Flavia Miller Gamboa durante quince años antes de su fallecimiento.

j) En las declaraciones extraprocesales que obran a folios 94 a 97, los señores María Carmelina Torres Agudelo, Nubia Torres Guerrero, Jairo Enrique Hernández Paternina y José Luis Hernández Paternina, afirmaron que el señor Roberto Enrique Paternina Reyes después de que se separó de su esposa se fue a vivir al municipio de Arjona (Bolívar) junto con sus hermanas, Arsenia y Mariela Paternina Reyes.

k) A folio 263 se encuentran los discos compactos en donde se registraron las declaraciones rendidas dentro del proceso de los señores Amparo Tobón Hernández, Jorge Luis Hernández Paternina, Marlene de Jesús Ligardo Amaranto, María Carmelina Torres Guerrero, Félix de Cristo Galvis Aiza, Arturo Ignacio Castillo Torres y Nelly Cecilia Mejía Rodríguez.

l) En los folios 270 y 298 se hallan los discos compactos en donde fue grabada las declaraciones que rindieron los señores Arturo Castillo Torres y Olga del Socorro Barrios de Forero, respectivamente.

Analizada la prueba documental y testimonial recaudada bajo las reglas de la sana crítica, se infiere que del matrimonio que contrajo la demandante con el señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.) el 10 de julio de 1971, convivieron en condiciones de estabilidad y permanencia durante 6 años aproximadamente, porque una vez se separaron de hecho y liquidaron la sociedad conyugal, a partir del año de 1978 y hasta el 2 de diciembre de 2006, fecha de su muerte, el citado señor convivió con sus hermanas, las señoras Arsenia y Mariela Paternina Reyes, es decir, durante los últimos 22 años.

En efecto, los señores Amparo Tobón Hernández, José Luis Hernández Paternina, Marlene de Jesús Ligardo Amaranto, María Carmelina Torres Guerrero y la demandante fueron coincidentes y concluyentes en afirmar que desde el momento en que se efectuó la liquidación de la sociedad conyugal, cada uno de los esposos estuvieron viviendo en ciudades diferentes, la señora Nelly Cecilia Mejía Torres en Bogotá y el señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d) al municipio de Arjona (Bolívar), quien estuvo conviviendo con sus hermanas.

La señora Amparo Tobón Hernández señaló que la única persona con la que convivió el señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.) fue con la demandante, hasta cuando la trasladaron a la ciudad de Bogotá por cuestiones laborales[53]; por su parte, los señores José Luis Hernández Paternina *«sobrino del causante»* y Marlene de Jesús Ligardo Amaranto aseguraron que desde el año de 1977 el mencionado señor se fue a vivir con sus hermanas y que a partir de allí nunca más le volvió a estar con otra persona[54]; a su turno la señora María Carmelina Torres Guerrero indicó que nunca más volvió a convivir con la que fuera su esposa, la señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez[55].

Al respecto la citada señora expresó, en el interrogatorio de parte, que procedió a efectuar la liquidación de la sociedad conyugal en razón a que querían proteger los bienes que habían adquirido hasta el momento y, adicionalmente, que se veían 1 o 2 veces al año, pues entre ellos tenían un hijo al cual debían cuidar y atender[56]

En ese orden de ideas, está probado que durante los últimos 5 años anteriores al deceso del señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.) no existió una convivencia plena y efectiva que le permita a la señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo menos no de conformidad al literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993[58], 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 que aquél realizaba a su hijo Walter Roberto Paternina Mejía 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.

No se puede desconocer que el inciso 3º del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993[57] brindó la oportunidad a la cónyuge supérstite de ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pero solo cuando se ha mantenido la sociedad conyugal vigente; sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2014[59], 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 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 consolida con antelación al inicio de la unión marital de hecho, mediante la asignación de una cuota parte de la pensión.

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

(...)".

En el presente caso, se evidencia que además de que la señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez liquidó la sociedad conyugal con el señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.) en el año de 1977, éste se fue a vivir con sus hermanas hasta cuando falleció, el 2 de diciembre de 2006, 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[60] 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.

Por otra parte, en relación con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Flavia Miller Gamboa por parte de la Universidad de Cartagena, se debe señalar que si bien aportó en su oportunidad los documentos necesarios para efectos de que le fuera otorgada tal prestación, resulta que al valorar todo el material probatorio que obra en el expediente, no se evidencia si quiera una prueba, a excepción de las declaraciones extra juicio que aportó junto con la reclamación, en la que no se genere un manto de duda en relación con tal reconocimiento.

En efecto, pues todas las personas que rindieron su declaración en el proceso, incluso los más allegados al causante como es el caso del señor José Luis Hernández Paternina[61], sostienen que no conocieron a la señora Flavia Miller Gamboa y que desde el momento de la separación de su esposa hasta cuando falleció, siempre estuvo conviviendo en el municipio de Arjona con sus hermanas en la casa que les había dejado su madre.

A su vez, si bien el señor Félix del Cristo Galvis Ariza *«quien fue el conductor del causante»* afirmó que la señora Flavia Miller Gamboa mantenía una convivencia con el señor Roberto Enrique Paternina Reyes (q.e.p.d.)[62], lo cierto es que no supo establecer el lugar en donde supuestamente residían, prueba de ello fue que cuando se le preguntó que cada cuanto se veían, éste contestó que lo llevaba a la casa de la citada señora *"(...) 2 o 3 veces en la semana (...)"*[63]; es más, afirmó que quien se hacía cargo de sus cosas personales, entiéndase arreglo de la ropa y demás, eran sus hermanas[64] y que donde dormía era en la casa de éstas.

También genera duda, sin ser ello determinante, varias circunstancias sobre el particular, a saber: que la señora Flavia Miller Gamboa hubiese presentado la reclamación de la pensión de sobrevivientes casi 3 años después del deceso, esto es, el 20 de mayo de 2009; el hecho de que ningún familiar tuviese conocimiento alguno de la aparente relación o que no se establecieran las fechas en que perduró; pero quizás la más importante, que no hay una sola prueba en la que se acredite la convivencia plena y efectiva con el causante.

Así pues, las pruebas testimoniales presentadas por la señora Flavia Miller Gamboa para demostrar la convivencia con el señor Roberto Enrique Paternina no resultaron ser suficientes y concluyentes y las demás pruebas que se allegaron no permiten determinar que en realidad hubo una convivencia sólida, constante y permanente bajo un mismo techo durante los últimos 5 años de vida de la demandada con el causante, razón por la cual no acreditó el cumplimiento de los requisitos necesarios para hacerse acreedora al reconocimiento de la pensión de sobreviviente otorgada.

No obstante, como en el *sub lite* la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Especiales de la Protección Social -U.G.P.P- no fue quien demandó su propio acto o interpuso demanda de reconvención, efectuar un estudio de legalidad y/o declarar la nulidad del mismo, puesto que la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho únicamente puede ser presentada por la persona que tiene interés jurídico para que se le restablezca su derecho particular, concreto y subjetivo, es decir, sólo puede ejercerse por quien se considere afectado en un derecho suyo amparado por un precepto legal.

Lo anterior, porque en torno al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, uno de los presupuestos necesarios para su procedibilidad es el de la legitimación por activa[65], el cual por tratarse de un mecanismo judicial de naturaleza subjetiva, según el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, depende o está determinado por la existencia de un interés directo e inmediato en relación con el acto administrativo, lo cual no sucedió en el presente caso, en razón a que la Resolución 1737 de 2009 no fue el acto que definió la situación jurídica de la señora Nelly Cecilia Mejía Rodríguez.

Por último, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda[66] de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala no se observa una mala conducta de las partes o que hayan actuado de mala fe, echándose de menos, además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, razón por la cual se negará la pretensión relacionada con la imposición de costas.

En virtud de lo anterior y dado que fue cuestionado el acto administrativo por medio de la cual le fue reconocida la pensión de sobrevivientes a la señora Flavia Miller Gamboa, es procedente confirmar la sentencia del *a quo*.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 15 de septiembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Nelly Cecilia Mejía Gamboa *«cónyuge supérstite»* en contra de la Universidad de Cartagena y la señora Flavia Miller Gamboa *«compañera permanente».*

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo a través de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar condenó en costas a la parte demandante.

En su lugar, se dispone:

NEGAR la condena en costas.

Lo anterior, 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 CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Se casaron en la iglesia Santa Teresita el 10 de julio de 1971.

2. Informe visible a folio 464.

3. Demanda visible a folios 34 a 61.

4. La abogada Ruby Alexandra Celis Contreras.

5. Le fue reconocida la pensión de jubilación mediante la Resolución 367 de 19 de octubre de 1992, en cuantía de $564.210.

6. Sentencia visible a folio 84 y 85 del expediente.

7. En su sentir, los anteriores argumentos fueron revaluados por la Corte Suprema de Justicia, pues ha señalado que, aunque no se mantenga la vida marital con el causante, lo cierto es que se encuentra vigente el vínculo matrimonial y continúan formando del grupo familiar.

8. Ver folios 168 a 175 del expediente.

9. Ver folios 222 a 241 del expediente

10. Visible a folios 383 a 391 vto.

11. Visible a folios 397 a 401.

12. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de 29 de noviembre de 2011, referencia 400500.

13.Visible a folios 453 a 463.

14.“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.”

15. “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.”

16.“*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 concurriere 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."

17 *"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."*

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

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

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

21.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)."

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

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

24. “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.”

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

26. M. P. Fabio Morón Díaz.

27. C-081 de 1999. M. P. Dr. Fabio Morón Díaz. 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.

28. Ídem.

29. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

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

31. Ídem.

32. “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;(...)”

33. Ídem.

34. M.P. Fabio Morón Díaz

35. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

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

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

38. “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. (…)";

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

40. Ídem.

41. Ídem.

42. Modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003

43. M.P. Mauricio González Cuervo.

44. Ídem.

45. Folio 9.

46. Folios 12 y 13.

47. Folio 14.

48. Folios 29 a 31.

49. Folios 32 a 34.

50. Folios 43 a 45.

51. Folios 91 y 92.

52. Folios 63 a 66.

53. Min. 14:50 disco 1 visible a folio 263 del expediente.

54. Min. 32:00 disco 1 visible a folio 263 del expediente.

55. Min. 21:00 disco 2 visible a folio 263 del expediente.

56. Walter Roberto Paternina Mejía.

57. "(...) 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;

(...)".

58. "(...) 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; (...)".

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

60. Se casaron en la iglesia Santa Teresita el 10 de julio de 1971.

61. Sobrino.

62. Así mismo lo señaló el señor Arturo Ignacio Castillo Torres.

63. Min. 30:00 disco 2 de pruebas visible a folio 270.

64. Min. 32:00 disco 2 de pruebas visible a folio 270.

65. En cuanto a la legitimidad en la causa por activa, esto es, que el demandante tenga capacidad jurídica y procesal para actuar, que la Corporación, en providencia de 1° de febrero de 2007 (Expediente núm. 2006-01475, con ponencia del Magistrado Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), precisó lo siguiente:

"(...) Una cosa es la capacidad para ser parte, que la tiene toda persona por el solo atributo de la personalidad jurídica, es decir, por el solo hecho de ser persona y otra, la capacidad para comparecer en juicio por sí misma. La capacidad para ser parte lo habilita para ser sujeto de una relación procesal como demandante, demandado, interviniente; por consiguiente, toda persona natural o jurídica, de derecho privado o público, tiene capacidad para ser parte en el proceso. Para que la concurrencia de la parte en el proceso sea válida y sus actos produzcan efectos procesales, además de tener esa capacidad de goce, debe actuar dentro del proceso con los requisitos adjetivos que legitiman su actuación y que le da la denominada legitimatio ad procesum. (PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, 4ª. Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., pág. 173).(...)" (Resaltado fuera del texto)

66. Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Fecha y hora de creación: 2025-12-05 15:07:44